Anwendungsgebiet und Auslegung des § 64 der Konkursordnung

Inaugural-Dissertation

zur
Erlangung der juristischen Doktorwürde
der
Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der
Albert Ludwigs-Universität
zu
Freiburg i. Br.

vorgelegt von

Eiko Diddens
Referendar
aus Boen bei Bunde
(Ostfriesland)

1936

Druck: Buchdruckerei Heinrich Meyer, Blotho a. d. Weser

Durch die Genehmigung der Dissertation nimmt die Fakultät nicht Stellung zu den darin ausgesprochenen Anschauungen.

Dekan: Professor Dr. Maunz.
Referent: Professor Dr. Schultz.
Tag der mündlichen Prüfung: 20. Juni 1936.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543125_0129

Gliederung

Seite

Einleitung 1

§ 1. Ausgangspunkt und Zielsetzung 1

Erster Teil 2

Die Ausfallhaftung außerhalb und innerhalb des Konkurses 2

A. § 2. Geschichtliche Grundlagen 2

B. § 3. Ausfallhaftung außerhalb des Konkurses 5

I. Außerhalb des Vollstreckungsrechts 5

1. Gesamtschuldnerschaft 7

2. Bürgschaft 9

3. Wechsel 10

4. Das Pfandrecht 12

II. Ausfallhaftung innerhalb des Vollstreckungsrechts (§ 777 ZPO.) 13

C. § 4. Ausfallhaftung innerhalb des Konkurses (§ 64 KO.) 15

Zweiter Teil 16

Anwendungsgebiet des § 64 der Konkursordnung 16

1. Kapitel: Unmittelbare Anwendung des § 64 KO. 16

A. § 5. Verhältnis von Konkursgläubigerrecht und Absonderungsrecht im allgemeinen 16

B. § 6. Begriff des Konkursgläubigers 16

I. Konkursgläubiger und Konkursforderung 16

II. Einzelne Forderungen im Konkurse 18

1. Naturalobligationen 18

2. Nach § 63. Ziff. 3 und 4 KO. vom Konkurse ausgeschlossene Forderungen 22

3. Bevorrechtigte Konkursforderungen (§ 61 KO.) 23

4. Durch Vormerkung gesicherte Ansprüche 23

5. Masseansprüche 24

Seite

C. § 7. Begriff des Absonderungsberechtigten 25
I. Massezugehörigkeit und Vermögenszugehörigkeit 25
II. Die Absonderungsrechte der Konkursordnung 29
III. Absonderungsrechte außerhalb der Konkursordnung 30
D. § 8. Ergebnis 39
2. Kapitel: Entsprechende Anwendung des § 64 KO. 49
A. § 9. Gesetzlich geregelte Fälle 49
I. Durch Konkursordnung vorgeschriebene entsprechende Anwendung (§§ 212, 234 und 236 KO) 49
II. Außerhalb der Konkursordnung vorgeschriebene entsprechende Anwendung. (§ 35 HypBGes.; § 77 Vers. AufsG.; § 7 a DepG.) 50
B. § 10. Gesetzlich nicht geregelte Fälle 52
I. Sicherungsübereignung und Sicherungsabtretung 52
II. Eigentumsvorbehalt 55
III. Die Entscheidung des Obersten Gerichtshofes des Saargebietes vom 8. 11. 1932 60
IV. Aufrechnung 64
Dritter Teil: 66
Auslegung des § 64 der Konkursordnung 66
A. § 11. Geltendmachung zur Konkursmasse 66
I. Allgemeine Begriffsauslegung 66
II. Form und Wirkung der Geltendmachung 68
B. § 12. Ausfall bei der abgesonderten Befriedigung 72
C. § 13. Verzicht auf abgesonderte Befriedigung 73
I. Allgemeine Begriffsauslegung 73
II. Form und Wirkung des Verzichts 75
1. Vorhandensein eines Verzichtswillens 75
2. Fehlen eines Verzichtswillens 77
a) Standpunkt der Rechtsprechung 77
b) Standpunkt der Rechtslehre 81
c) Eigener Standpunkt 84

Abkürzungen.

Begr.	Entwurf eines Versicherungsvertragsgesetzes und Begründung. Verhandlungen des Reichstags. 12. Leg. Periode. 1. Session. Bd. 241 1907 Anlagen zu den Stenographischen Berichten Nr. 364 Anl. 1.
DJZ.	Deutsche Juristenzeitung.
Gruch.	Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.
JheringsJ.	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts.
Jud.	Judicium Viertelj. Schrift für die gesamte Zivilrechtspflege.
JW.	Juristische Wochenschrift.
Konk. u. Treuh.	Konkurs- und Treuhandwesen.
LZ.	Leipziger Zeitschrift für das Deutsche Recht.
OLG.	Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.
RG.	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
ROHG.	Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.
SeuffertsA.	Seufferts Archiv für die Entscheidungen der Obersten Gerichte
SeuffBlRA.	Seufferts Blätter für Rechtsanwendung.
StriethA.	Archiv für Rechtsfälle des Kgl. Obertribunals.
ZBlFG	Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat
ZHR.	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht.
ZZP	Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß.

Einleitung.

§ 1. Ausgangspunkt und Zielsetzung.

Das Konkursverfahren ist ein Verfahren zur Befriedigung aller persönlichen Gläubiger eines Gemeinschuldners, die einen zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens begründeten Vermögensanspruch gegen ihn haben, durch Verwertung seines pfändbaren Vermögens. Es ist daher auf den Grundsatz der gemeinsamen, gleichmäßigen, anteilsmäßigen und ausschließlichen Befriedigung aufgebaut 1). Das Vermögen des Gemeinschuldners, das zur Deckung aller Verbindlichkeiten an seine Gläubiger nicht ausreicht, soll so verteilt werden, daß kein Gläubiger einen prozentual größeren Verlust erleidet, als ein anderer. Wenn das Gesetz diesen Gedanken, den Grundsatz der par condicio creditorum, in den Vordergrund rückt und ihn streng durchführt, so will es dennoch nicht verhindern, daß einzelne Gläubiger eine Vorzugsstellung genießen und von der Unzulänglichkeit des Schuldnervermögens nicht so hart betroffen werden wie andere. Zum Teil räumt die Konkursordnung gewissen Gläubigern selbst unmittelbar solche Vorzugsstellung ein, zum Teil geschieht dies durch ausdrückliche gesetzliche Vorschrift anderer Reichsgesetze, zum Teil beruht sie aber auch auf einer bereits außerhalb des Konkurses durch den Gemeinschuldner vorgenommenen Bevorzugung, die von der Konkursordnung anerkannt wird. Wenn sich danach nicht alle Gläubiger des Gemeinschuldners in einer gleichstarken Rechtsstellung befinden, so muß dafür Sorge getragen werden, daß nicht die bevorzugten Gläubiger, zum Nachteil derjenigen in schwächerer Rechtsstellung, hemmungslos und willkürlich ihre Ansprüche verfolgen können. Besonders wichtig ist diese Aufgabe bei den durch den Gemeinschuldner bevorzugten Gläubigern. Durch besondere Vorschriften sind ihnen daher Schranken gezogen, an die sie sich bei ihrer Befriedigung im Konkurse zu halten haben. Eine dieser Vorschriften ist § 64 KO., der das Prinzip der Ausfallhaftung aufstellt und dessen Anwendungsgebiet und Auslegung Gegenstand der vorliegenden Arbeit sein soll.

1) Kisch, Grundriß S. 1

Erster Teil:
Die Ausfallhaftung innerhalb und außerhalb des Konkurses.

A. § 2. Geschichtliche Grundlagen.

Bereits im römischen Recht findet sich der Gedanke der Ausfallhaftung. Das römische Recht gewährte bestimmten Gläubigergruppen ein beneficium separationis. Die wichtigsten dieser Separationsrechte waren die der Erbschaftsgläubiger und Legatare am Nachlaß1) und die der Gläubiger eines Hausſohnes oder Sklaven, der mit Pekuliengeldern ein Handelsgeschäft geführt hatte, an diesen Pekuliengeldern.2) Die gleiche Wirkung wie das Separationsrecht hatte das spezielle Pfandrecht, mit dem Unterschied, daß es nicht an einem ganzen Vermögen oder an einem Vermögensanteil, sondern an einer einzelnen oder an mehreren einzelnen Sachen bestand. Die generellen Pfandgläubiger hatten dagegen kein Absonderungsrecht. Wie nach heutigem Recht die Absonderungsberechtigten nicht am Konkursverfahren teilnehmen, sondern ihre Befriedigung außerhalb des Konkurses suchen, so brauchten auch nach römischem Recht die Separatisten und Spezialpfandgläubiger nicht am Konkurse teilzunehmen. Sie konnten vielmehr gleichfalls die Trennung der Gegenstände verlangen und daraus Befriedigung suchen 3) und waren nur verpflichtet, einen Ueberschuß an die Masse abzuliefern 4). Streitig war im römischen Recht die Stellung der Erbschaftsgläubiger nach Ausübung des beneficium separationis. Während Paullus5) und Ulpian6) dem Gläubiger das Recht absprechen, sich für den Ausfall an das Vermögen des Erben zu halten, räumt Papinian7) ihm die Möglichkeit für den Fall ein, daß die Gläubiger des Erben befriedigt sind.

Weiter gewährte das römische Recht dem Pfandbesitzer einer Sache, dem das Pfandrecht eines anderen Gläubigers an derselben Sache vorging, wenn dieser Gläubiger gleichzeitig ein Generalpfandrecht an dem Vermögen des Schuldners hatte, gegen diesen Gläubiger die exceptio excussionis, durch welche dieser zunächst an

1) Dig. 42, 6 C. 7, 72.
2) l. 5 § 15, 16 D. 14 1; weitere bei Wolff, Abs. R. § 1 S. 1.
3) Wolff, Abs. R. § 1 S 2.
4) l. 5 D. 14, 1; 10, C. 10, 72.
5) l. 5 D. 42, 6.
6) l. 1 § 7 eod.
7) l. 3 § 2 D. eod.

das Generalpfand verwiesen wurde 1). Diese Art der Ausfallhaftung nach römischem Recht war aber nicht im Interesse des Schuldners, sondern zu Gunsten eines dritten Gläubigers vorgeschrieben. Dem Schuldner selbst stand die exceptio excussionis nicht zu.

Das Gemeine Recht erweiterte zum Teil den Kreis der Separatisten, zum Teil schränkte es ihre Rechte ein 2). So wurde dem Spezialpfandgläubiger das Recht genommen, die Trennung der Gegenstände aus der Masse zu verlangen und sich außerhalb des Verfahrens zu befriedigen. Er wurde, seines Absonderungsrechts entkleidet, in den Konkurs hineingezogen und behielt nur ein Vorzugsrecht. Im übrigen wurden die Separatisten von der Konkursmasse nicht ausgeschlossen, aber zum Teil den anderen Gläubigern nachgesetzt.

Streitig war nach Gemeinem Recht die Stellung der Erbschaftsgläubiger. Wolff 3) bejaht die Haftung des Erben, räumt allerdings ein, daß sie von der herrschenden Meinung verneint werde, diese aber Restitution wegen verzeihlichen Irrtums über die Vermögenslage des Erben zulasse. Die Ansicht Wolffs stützt sich auf die Meinung von Windscheid 4), daß der Erbe durch die Erbschaft immerhin Schuldner der Erbschaftsgläubiger geworden sei. Windscheid setzt aber, was von Wolff 5) nicht gebilligt wird, die Erbschaftsgläubiger, welche von der Separation Gebrauch gemacht haben, den Gläubigern des Erben nach.

Das beneficium excussionis erfährt im Gemeinen Recht eine Umgestaltung. Allmählich setzt sich der Gedanke durch, bei Zusammentreffen eines generellen und eines speziellen Pfandrechts auch dem Schuldner das beneficium excussionis zu gewähren. Zur Begründung beruft man sich auf eine stillschweigende Vereinbarung, nach welcher die generelle Verpfändung nur subsidiär sein solle, und der Gläubiger sich zuerst an das Spezialpfand zu halten habe 6). Im Gegensatz zum römischen Recht erfolgt also nach Gemeinem Recht durch das beneficium excussionis die Verweisung nicht an das General-, sondern an das Spezialpfand. Windscheid 7) billigt dagegen dem Schuldner die Einrede grundsätzlich nicht zu, es sei denn, daß dem Gläubiger Schikane zur Last fällt oder eine ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung getroffen ist. Einen solchen stillschweigenden Vertrag er-

1) I. 2 C. 8, 14.
2) Wolff, a. a. O.
3) Wolff, Abs. Recht § 33 S. 201.
4) Windscheid, III § 607, S. 463 A. 10.
5) Wolff, Abs. Recht a. a. O
6) Holzschuher. II S. 588. Glück 18 S. 245/46; 358. Mit Einschränkungen: Thibaut, Arch. Ziv. Pr. 17/20, 21.
7) Windscheid, Pand. I § 235, 5 e u. Anm. 24.

blickt er allerdings schon in der gleichzeitigen Verpfändung spezieller Sachen und des ganzen Vermögens.

Im preußischen Recht hat das beneficium excussionis eine besondere Ausgestaltung erfahren. Indem das Gesetz zwischen Pfandsache und übrigem Vermögen des persönlich haftenden Schuldners unterscheidet, gestattet es dem Schuldner, wenn er noch Eigentümer der Pfandsache ist, den Gläubiger zuerst an das Vertragspfand zu verweisen, wenn nicht der Gläubiger seinem Pfandrecht entsagt 1). § 46, 47 I, 20 ALR.)

Durch die preußische allgemeine Gerichtsordnung vom 6. Juli 1793 wurden gemäß § 381 I 50 die Pfandgläubiger in den Konkurs einbezogen und nur aus dem Erlöse der Pfandsache vorzugsweise befriedigt. Dagegen waren die Hypothekengläubiger gemäß § 146 I 50 nicht verpflichtet, sich auf den Konkurs einzulassen. Durch spätere Gesetze — Verordnung v. 4. 3. 1834 (GS. S. 31); VO. v. 4. 3. 1834 (GS. S. 39); VO. v. 2. 12. 1837 (GS. S. 219); VO. v. 21. 10. 1838 (GS. S. 498) und VO. v. 28. 12. 1840 (GS. 1841 S. 4 ff.) — wurde die Stellung der Pfandgläubiger gebessert. § 1 der VO. vom 28. 12. 1840 sprach die Befreiung vom Konkurse für alle Pfand- und Hypothekengläubiger aus. Zwar mußten die Mobilarpfandgläubiger die Pfänder dem Konkursgericht abgeben, sie erhielten aber vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlös. Die Hypothekengläubiger wurden in einem besonderen Subhastationsverfahren befriedigt. Im § 15 der VO. vom 28. 12. 1840 war ferner ausgesprochen, daß die Pfand- und Hypothekengläubiger, denen der Gemeinschuldner auch persönlich haftete, sich insoweit an das Vermögen des Gemeinschuldners halten konnten, als sie aus dem Pfande keine Befriedigung erzielten.

Dieser Rechtszustand wurde durch die Preußische Konkursordordnung von 1855 aufrecht erhalten 2). Der § 39 pr. KO. bestimmte:

> „Die Absonderungsberechtigten Gläubiger können ihre Forderungen, wenn ihnen deshalb ein persönlicher Anspruch gegen den Gemeinschuldner zusteht, auch gegen die gemeinschaftliche Konkursmasse geltend machen. Jedoch finden hierbei auf dieselben alle Bestimmungen Anwendung, welche in Ansehung der Konkursgläubiger gegeben sind."

Von der Teilnahme an der Beschlußfassung über den Akkord sind sie jedoch gemäß § 185 pr. KO. ausgeschlossen, soweit sie nicht auf ihr Absonderungsrecht verzichten. Diese Regelung kommt schon der des heutigen Rechts nahe.

1) Förster-Eccius III S. 525.
2) Koch, § 39 Anm. 74.

Der I. Entwurf einer Deutschen Konkursordnung wollte die Rechte der absonderungsberechtigten Konkursgläubiger gegenüber dem Preußischen Recht einschränken. Er gestattete ihnen in § 66 nur denjenigen Betrag ihrer Forderung im Konkurs anzumelden, für welchen sie auf das Absonderungsrecht verzichtet hatten, oder mit welchem sie bei der abgesonderten Befriedigung ausgefallen waren.

Der Entwurf der Konkursordnung ist diesem Vorschlage nicht gefolgt. § 57 des Entwurfs bestimmte:

> „Ein Gläubiger, welcher abgesonderte Befriedigung beansprucht, kann die Forderung, wenn der Gemeinschuldner auch persönlich für sie haftet, zur Konkursmasse geltend machen, aus derselben aber nur für den Betrag verhältnismäßige Befriedigung verlangen, zu welchem er auf abgesonderte Befriedigung verzichtet, oder mit welchem er bei der letzteren ausgefallen ist."

Diese Bestimmung ist als § 57 KO. unverändert Gesetz geworden. Durch die Novelle zur Konkursordnung von 1898, die den Zweck hatte, die Konkursordnung mit dem am 1. Januar 1900 in Kraft tretenden BGB. in Einklang zu bringen, ist die Bestimmung des § 57 KO. inhaltlich nicht berührt, sondern nur sprachlich ganz unwesentlich neu gefaßt und als § 64 KO. der heutigen Fassung der Konkursordnung übernommen.

B. § 3. Ausfallhaftung außerhalb des Konkurses.

I. Außerhalb des Vollstreckungsrechts.

In der Konkursordnung bedeutet das Prinzip der Ausfallhaftung: die Verweisung eines Gläubigers auf einen bestimmten, ihm zur Befriedigung dienenden Gegenstand, bevor er wegen der Forderung, zu deren Sicherung ihm der Gegenstand gegeben ist, als Konkursgläubiger Befriedigung suchen darf. Denkbar ist eine solche Ausfallhaftung nicht nur im Konkurse. Sie ist vielmehr überall dort möglich, wo ein Gläubiger nur einmal Befriedigung verlangen, diese aber auf mehrfache Weise erreichen kann. Wann dem Gläubiger mehrere solche Befriedigungsmöglichkeiten eröffnet sind, ist eine Frage der Haftung.

Die Haftung, die mit der Schuld grundsätzlich — von Ausnahmen kann hier abgesehen werden — verbunden ist, kann mannigfacher Art sein und sich nach verschiedenen Richtungen auswirken. Haftung ist die Unterwerfung unter die Zugriffsmacht des Berechtigten 1). Sie gewährt dem Berechtigten die Möglichkeit einer zwangsweisen Erfüllung der Schuld durch Ausübung und Betätigung der Zugriffsmacht. Die Haftung ist ein Zustand des Gebundenseins für die Schuld,

1) v. Gierke, III § 177, 2 S. 13.

eine Verstrickung 1) zum Schutze der Schuld. Die Erreichung dieses Schutzes ist verschieden. Die wichtigste Unterscheidung der Haftung ist die Trennung von persönlicher Haftung und Sachhaftung. Bei der persönlichen Haftung dient die Person des Schuldners der Sicherung der Schuld. Früher war die persönliche Haftung eine Haftung mit der Person, mit Leib und Leben. Gegenstand der Haftung war die Person des Schuldners körperlich 2). Diese Haftung ist aus dem heutigen Recht verschwunden 3). Nur in Ausnahmefällen findet ein Zwang gegen die Person des Schuldners statt 4). Den Begriff der persönlichen Haftung hat man aber beibehalten und ihn allmählich umgestaltet. Da mit der persönlichen Haftung regelmäßig eine Vermögenshaftung verbunden war, wurde der Begriff der Vermögenshaftung in den der persönlichen Haftung aufgenommen, derart, daß nach Wegfall der persönlichen Haftung im wörtlichen Sinne nur noch die Vermögenshaftung als persönliche Haftung zurückblieb 5). Die dem Zwangszugriff der Gläubiger ausgesetzten Gegenstände wurden nur noch nach der Person des Schuldners — durch den Umkreis seines Vermögens — bestimmt, so daß persönliche Haftung heute die Haftung mit dem ganzen Vermögen bedeutet. Bei der persönlichen Haftung steht die Person des Schuldners als Vermögensträger im Mittelpunkt. Diesem Begriff der perpersönlichen Haftung als Haftung mit dem ganzen Vermögen entsprechen die heutigen Begriffe: „persönlicher Schuldner", „persönlicher Gläubiger" und „persönliche Forderung". Sie bringen alle nur zum Ausdruck, durch welche Haftungsart die Erzwingbarkeit der Schuld sichergestellt ist, nämlich daß der Schuldner mit seinem ganzen Vermögen für die Erfüllung seiner Verbindlichkeit einzustehen hat.

Neben der persönlichen Haftung steht als wichtigste Form der Haftung die Sachhaftung. Sie unterwirft dem Zugriffsrecht des Gläubigers eine bestimmte Sache oder eine Mehrheit von Sachen, oder genauer gesagt, Gegenständen. Sie kann ihren Grund in einem obligatorischen oder dinglichen Recht haben. Als obligatorische Rechte, die eine Sachhaftung begründen, kommen Zurückbehaltungsrechte in Betracht, als dingliche die Grundpfandrechte (Hypothek, Grund- und Rentenschuld), sowie die Reallasten und das Fahrnispfandrecht. In ausgeprägtester Form finden wir die Sachhaftung als reine Sachhaftung im Seerecht, und auch bei der Grundschuld.

---

1) v. Gierke, a. a. O.
2) v. Gierke, III S. 17.
3) v. Gierke, Schuld und Haftung S. 76.
4) Kreß, § 22, Schreiber, § 9 S. 207, 208 (§§ 888, 901 ff., 918, 933 ZPO., 229, 859 BGB.)
5) v. Gierke, Schuld und Haftung S. 76.

Ein Zusammentreffen mehrerer Haftungen für eine Schuld ist möglich. Treffen mehrere Haftungen in dieser Weise zusammen, dann handelt es sich um Fälle, in denen der Gläubiger nur einmal Befriedigung verlangen, sie aber auf mehrfache Weise verwirklichen kann. Typisch hierfür ist die Verbindung von persönlicher Haftung und Sachhaftung. Bestimmte dingliche Rechte sind überhaupt nur in Verbindung mit einer persönlichen Forderung denkbar: z. B. Hypothek und Pfandrecht, während bei der Grundschuld eine Verbindung möglich, aber nicht erforderlich ist. Die dinglichen Rechte dienen hier zur Sicherung einer durch ein Schuldverhältnis begründeten persönlichen Forderung. Beide Haftungen bestehen selbständig nebeneinander, beide gewähren dem Gläubiger zu seiner Befriedigung ein Zugriffsrecht, die persönliche Forderung auf das ganze Vermögen, die dingliche Sicherheit nur auf den Haftungsgegenstand des Schuldners. Fälle, in denen der Gläubiger nur einmal Befriedigung verlangen kann, aber durch mehrere Haftungen mehrere Befriedigungsmöglichkeiten hat, ergeben sich insbesondere dann, wenn auch auf der Schuldnerseite mehrere Mitverpflichtete (Gesamtschuldner) stehen, oder wenn ein Dritter sich verpflichtet, für eine Forderung des Gläubigers gegen den Schuldner einzustehen, oder wenn der Schuldner selbst zur Befriedigung des Gläubigers wegen einer bestehenden Schuld eine neue Verbindlichkeit eingeht. In allen Fällen kann der Gläubiger nur einmal Befriedigung verlangen, in allen Fällen kann er sie aber auf mehrfache Weise verwirklichen.

In der Konkursordnung ist vorgeschrieben, daß bei Zusammentreffen von persönlicher Haftung und Sachhaftung zu Lasten des Gemeinschuldners die persönliche Haftung nur zu dem bei der Verwertung des Haftungsgegenstandes erlittenen Ausfallbetrage verwirklicht werden darf (§ 64 KO.). Ob außerhalb des Konkurses ähnliche Bestimmungen bestehen, die bei mehreren Befriedigungsmöglichkeiten für eine Schuld die Ausübung der einen vorschreiben und die andere Möglichkeit auf den Ausfall beschränken, und ob sich diese Bestimmungen von denen der Konkursordnung unterscheiden, soll an Hand der oben erwähnten Fälle zunächst untersucht werden.

1. Gesamtschuldnerschaft.

Mehrere Befriedigungsmöglichkeiten hat ein Gläubiger bei einem Gesamtschuldverhältnis. Grundlage für die gesamtschuldnerische Haftung bildet der § 421 BGB.

Nach dieser Bestimmung besteht das Wesen der Gesamtschuld in der Haftung mehrerer Personen auf eine Leistung des Gläubigers. Der Gläubiger hat nur eine Leistung zu fordern, aber von mehreren

Schuldnern. Dieses Recht des Gläubigers, von mehreren die eine Leistung zu fordern, hat seinen Grund in mehreren Einzelverpflichtungen, die dem Gesamtschuldverhältnis entspringen 1). Damit hat er mehrere Befriedigungsmöglichkeiten. Es steht ihm frei, an welchen Gesamtschuldner er sich halten will, er kann nach seiner Wahl den einen der Gesamtschuldner oder den anderen oder alle gleichzeitig entweder auf das Ganze oder auf einen Teil in Anspruch nehmen und ist an die getroffene Wahl nicht gebunden 2). Befriedigt ein Gesamtschuldner den Gläubiger, so werden auch die anderen diesem gegenüber befreit. Eine Teilleistung seitens eines Gesamtschuldners wirkt zu ihren Gunsten und befreit sie insoweit von ihrer Verbindlichkeit. Nur in Höhe des Betrages, zu dem der Gläubiger von dem einen Gesamtschuldner nicht befriedigt worden ist, können sie noch in Anspruch genommen werden 3). Im gewissen Sinne wird man also auch hier von einer Ausfallhaftung sprechen dürfen. Sie liegt im Wesen des Gesamtschuldverhältnisses begründet, das den Gläubiger nur berechtigt, die Leistung einmal zu fordern. Von der Ausfallhaftung des § 64 KO. weicht diese Art der Ausfallhaftung aber so wesentlich ab, daß in keiner Weise eine rechtliche Verwandschaft angenommen werden kann. Durch die Ausfallhaftung der Konkursordnung wird der Gläubiger zunächst an ein Befriedigungsobjekt verwiesen und kann nur nach Verwertung dieses Objekts seine Rechte in Höhe des Ausfalls als Konkursgläubiger verfolgen. Eine solche Rechtspflicht besteht für den Gläubiger der Gesamtschuld nicht. Er kann an einen anderen Gesamtschuldner nicht verwiesen werden. Jeder Gesamtschuldner muß sich gefallen lassen, als erster oder gleichzeitig mit anderen in Anspruch genommen zu werden. Außerdem besteht ein wesentlicher Unterschied darin, daß bei der Gesamtschuldnerschaft der Gläubiger gegen den einzelnen Gesamtschuldner nur eine Befriedigungsmöglichkeit hat, bei der Ausfallhaftung des § 64 KO. ist aber der Gemeinschuldner dem Gläubiger persönlich verpflichtet, und außerdem steht dem Gläubiger noch ein Befriedigungsrecht an Gegenständen des Gemeinschuldners, der Masse, zu. Die rechtliche Verschiedenheit tritt auch besonders deutlich in der konkursrechtlichen Regelung des Gesamtschuldverhältnisses hervor, die dieses gerade nicht dem § 64 KO., sondern dem gerade entgegengesetzten § 68 KO. unterworfen hat.

Nicht anders ist die Rechtslage bei der kumulativen Schuldübernahme, dem sogenannten Schuldbeitritt, denn hier tritt der Uebernehmer neben dem Urschuldner als Gesamtschuldner ein 4).

1) Staudinger II Einl. zu §§ 420 ff. I, 2.
2) Staudinger II § 421 Bem. 1.
3) Staudinger II § 422 Bem. 1.
4) Enneccerus II § 84 IV 2.

2. Bürgschaft.

Die Haftung des Bürgen kommt der Ausfallhaftung des § 64 KO. in einem Punkte näher. Nach § 765 BGB. verpflichtet sich der Bürge durch den Bürgschaftsvertrag, für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten einzustehen. Der Bürge übernimmt eine eigene Verbindlichkeit, die dahingeht, dafür einzustehen, daß die Hauptschuld erfüllt wird. Darin zeigt sich für den Gläubiger der Sicherungscharakter der Bürgschaft. Der Gläubiger hat auch hier zwei Möglichkeiten seine Befriedigung zu suchen; die erste besteht in der Haftung des Hauptschuldners für seine Verbindlichkeit, die zweite in der Haftung des Bürgen für die Erfüllung dieser Verbindlichkeit. Befriedigung in Höhe der Forderung an den Hauptschuldner kann er aber nur einmal verlangen. Die Bürgenhaftung erstreckt sich auf die ganze Verbindlichkeit des Hauptschuldners, denn für seine Verpflichtung ist der Bestand der Hauptforderung maßgebend (§ 767 BGB.). Doch kann der Bürge nach § 771 BGB. die Befriedigung des Gläubigers durch Geltendmachung der Einrede der Vorausklage so lange verweigern, als nicht der Gläubiger die Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner ohne Erfolg versucht hat. Nur soweit dem Bürgen kraft Gesetzes oder Vereinbarung die Einrede der Vorausklage versagt ist, gilt dies nicht. Der Bürge kann also durch Geltendmachung der Einrede der Vorausklage den Gläubiger zunächst an den Hauptschuldner verweisen und die erfolglose Zwangsvollstreckung gegen diesen verlangen. Nur wenn hierbei der Gläubiger einen Totalausfall erleidet, kann er von dem Bürgen die volle Forderungssumme verlangen, erhält er dagegen nur teilweise keine Befriedigung, dann kann der Bürge infolge der akzessorischen Natur der Bürgschaft lediglich noch in Höhe des nicht befriedigten Forderungsbetrages in Anspruch genommen werden. Durch die teilweise Befriedigung durch den Hauptschuldner ist die Forderung insoweit erloschen, und für den nicht befriedigten Teil den Ausfall, hat der Bürge einzustehen. Eine Parallele zur Ausfallhaftung der Konkursordnung ist hierin nicht zu verkennen. Der Gläubiger muß sich zunächst an den Hauptschuldner, die erste Befriedigungsmöglichkeit, halten, und, wenn er es nicht von selbst tut, sich gefallen lassen, an diesen verwiesen zu werden. Die Lage ist also ähnlich wie bei der Verweisung an das Absonderungsrecht. Doch besteht auch hier ein Unterschied. Bei der Bürgschaft haften dem Gläubiger zwei verschiedene Vermögensträger, der Hauptschuldner und der Bürge, bei dem absonderungsberechtigten Konkursgläubiger dagegen haftet nur ein Vermögensträger, dieser aber auf mehrfache Weise. Außerdem besteht die Einrede der Vorausklage nur zum Schutz des Bürgen desSchuldners. Er kann daher darauf verzichten. Im Kon-

kurse dagegen besteht die Regelung des § 64 KO. nicht zum Schutz des Gemeinschuldners, sondern ist zum Schutz seiner persönlichen Gläubiger geschaffen. Er kann daher darauf nicht verzichten.

Eine besondere Art der Bürgschaft ist die sogenannte Schadlos- oder Ausfallbürgschaft. Hier steht der Bürge nicht für die ganze Forderung des Schuldners ein, sondern verpflichtet sich nur zur Deckung des ausfallenden Betrages und ist daher nur bedingt verpflichtet 1). Eine Ausfallhaftung im Sinne der Konkursordnung ist auch sie nicht.

3. Der Wechsel.

Das Hauptunterscheidungsmerkmal der bisher erörterten Fälle von der Ausfallhaftung der KO. liegt darin, daß die mehreren Befriedigungsmöglichkeiten sich gegen verschiedene Personen richteten. Es soll daher jetzt die Rechtslage untersucht werden, die sich ergibt, wenn mehrere Befriedigungsmöglichkeiten des Gläubigers gegen denselben Vermögensträger gegeben sind.

Das beste Beispiel für eine solche Haftungsform bietet der Wechsel.

Der Schuldner, der seine Schuld nicht sofort bezahlen kann, gibt dem Gläubiger häufig einen Wechsel. Ueber die Wirkung einer solchen Wechselhingabe für eine bestehende Schuld entscheidet der Parteiwille. Wird der Wechsel an Erfüllungsstatt genommen, dann erlischt gemäß § 364 Abs. 1 BGB. die Kausalschuld, wird dagegen der Wechsel nur erfüllungshalber genommen, dann bleibt die Kausalschuld bestehen. Die letztere Wirkung ist nach der Bestimmung des § 364 Abs. 2 BGB im Zweifel als von den Parteien gewollt anzunehmen. Der Gläubiger hat also in diesem Falle zwei Forderungen, die nicht erloschene Kausalforderung und die neuerworbene Wechselforderung. Er ist aber nach der herrschenden Lehre nicht berechtigt, von beiden Möglichkeiten uneingeschränkt Gebrauch zu machen. In der Annahme eines Wechsels zahlungshalber für eine fällige Schuld ist regelmäßig eine stillschweigende Stundung der Kausalschuld bis zum Verfalltage des Wechsels zu erblicken 2). Bis zum Verfalltage kann sich also der Schuldner auf die durch die Wechselhingabe erwirkte Stundung berufen und so eine Inanspruchnahme aus dem Kausalschuldverhältnis abwehren. Hierin kann eine gewisse Aehnlichkeit mit der Haftung aus § 64 KO erblickt werden. Aber auch am Verfalltage kann der Gläubiger bei der Hingabe des Wechsels an Zahlungsstatt nicht ohne weiteres von beiden Befriedigungsmöglichkeiten Gebrauch

1) Enneccerus II § 188 I 5 N. 7.
2) Staub-Strantz, Art. 89 Anm. 25; Adler S. 201; s. a. Klausing, Zahlung S. 81 ff.

machen. Er ist vielmehr verpflichtet, sich zunächst aus dem Wechsel Befriedigung zu verschaffen. Diese Verpflichtung wird gleichfalls aus einer stillschweigenden Vereinbarung oder aus Gewohnheitsrecht gefolgert 1). Der Gläubiger ist weiterhin verpflichtet, bei der wechselmäßigen Befriedigung mit „wechselmäßiger Diligenz" zu verfahren, aus deren Verletzung der Verlust der Kausalforderung gefolgert wird 2). In dem Verlust der Kausalforderung bei Verletzung der wechselmäßigen Diligenz kann noch eine schwache Aehnlichkeit mit der Ausfallhaftung nach § 64 KO. gefunden werden, und zwar insoweit, als der Absonderungsberechtigte seine konkursmäßige Befriedigung einbüßt, wenn er nicht bis zu einem bestimmten Zeitpunkt Ausfall oder Verzicht nachweist. Auf einen großen Unterschied muß jedoch gleich bei diesem Vergleich hingewiesen werden. Während der Absonderungsberechtigte nämlich durch Fristversäumung sein Absonderungsrecht nicht verliert, verliert der Wechselgläubiger Wechselrecht und Kausalforderung.

Hierin erschöpfen sich die nur geringen Anklänge an die Ausfallhaftung der KO. Nach Verfall des Wechsels ist der Gläubiger in keiner Weise mehr behindert, beide Ansprüche geltend zu machen, vorausgesetzt, daß er sich sein Wechselrecht erhalten hat. Er kann den Wechselanspruch im ordentlichen Verfahren oder im Wechselprozeß geltend machen, er kann aber auch auf die Kausalforderung zurückgreifen und diese zur Klagegrundlage machen. Eine Verweisung auf den Wechsel findet nicht mehr statt, und damit ist der Vorrang einer bestimmten Befriedigungsweise beseitigt. Gegen die gleichzeitige Inanspruchnahme aus beiden Rechtsgründen ist der Schuldner allerdings auch jetzt noch durch die Einrede der Rechtshängigkeit geschützt 3). Dies ändert jedoch nichts an der Beseitigung der Verweisungsbefugnis, denn die Einrede der Rechtshängigkeit ist ein Mittel, durch das der Gläubiger gezwungen wird, bei der einmal getroffenen Wahl zu bleiben.

Den wesentlichsten Unterschied zwischen einer Haftung aus Wechsel- und Kausalschuld und der Ausfallhaftung des Konkursrechts zeigt vor allem die folgende Ueberlegung: Für die durch die Wechselhingabe begründete Forderung haftet der Schuldner „wechselmäßig". Für die Kausalforderung haftet er „persönlich". Beide Haftungen sind insofern verwandt, als jede sich auf eine Forderung bezieht, die mit

---

1) Klausing, Wechsel- und Scheckrecht S. 56; Lipschitz, Grud. 70/482. Staub-Strantz, Art. 89 Anm. 25 und 25b.
2) Staub-Strantz, Art. 89 Anm. 26a; ROHG 17/269 ff.; 19/170 ff.; a. A.: Klausing, Wechsel- und Scheckrecht S 56. Lipschitz, a a. O.
3) Staub-Strantz, Art. 17 Anm 48. A A.: Klausing, Zahlung S 298.

der anderen zweckidentisch ist 1). Die wechselmäßige Haftung für die Wechselverbindlichkeit ist nichts anderes als eine persönliche Haftung. Die wechselmäßige Haftung bedeutet einen Maßstab für die Strenge der persönlichen Haftung und besagt nur, daß der Schuldner nach einzustehen hat. Für die Erfüllung der Wechselforderung haftet er den Grundsätzen der Wechselstrenge für die Wechselverbindlichkeit mit seinem ganzen Vermögen wie für jede andere persönliche Forderung. Man kann auch nicht in dem Wechsel als Wertpapier eine Sache erblicken, die mit dem darin verbrieften Forderungsrecht ein spezielles Vermögensobjekt darstellt, das als solches die Voraussetzungen einer Sachhaftung begründen könnte. Die in dem Wertpapier enthaltene persönliche Forderung ist von der Person des Wechselverpflichteten nicht zu trennen; die Wechselforderung nicht von dem Papier, so daß in dem Papier kein Befriedigungsobjekt gesehen werden kann. Die Annahme eines Wechsels gewährt danach nicht ein besonderes Befriedigungsobjekt, sondern eröffnet nur einen besonderen Befriedigungsweg.

4. Das Pfandrecht.

Treffen außerhalb des Vollstreckungsrechts persönliche Haftung und Sachhaftung zusammen, dann gilt z. B. für das Pfandrecht an beweglichen Sachen, aber auch für andere Wertrechte, folgendes: Der Gläubiger hat zwei Befriedigungsmöglichkeiten. Einmal kann er sich auf Grund der persönlichen Haftung an den Schuldner, d. h. an dessen ganzes Vermögen halten und seine Zugriffsmacht darauf ausüben; zum anderen kann er auf Grund seines Pfandrechts, der dinglichen Verstrickung der Sache, Befriedigung speziell aus dieser Sache suchen. Beide Befriedigungsmöglichkeiten bestehen selbständig nebeneinander und haben, abgesehen von der Akzessorietät des Pfandrechts von der Forderung, keine Abhängigkeit voneinander. Dem Gläubiger steht es daher frei, sich entweder an das übrige Vermögen des Schuldners, das ihm wegen der persönlichen Forderung haftet, zu halten, oder zunächst durch Pfandverwertung zu seiner Befriedigung zu schreiten. Dem Schuldner steht kein Recht zu, von dem Gläubiger zu verlangen, daß er zuerst die eine oder die andere Möglichkeit ausnutze. Er kann ihn nicht auf das Pfandstück verweisen. In einer Klage auf Bezahlung der persönlichen, dem Pfandrecht zugrundeliegenden Forderung kann daher der Schuldner nicht einwenden, dem Gläubiger hafte für seine Forderung ein Pfand, und er möge zunächst versuchen, sich hieraus Befriedigung zu verschaffen 2). Das beneficium excussionis realis, das noch dem ALR. bekannt war, hat das geltende Recht beseitigt. Die heu-

1) Adler, S. 201, ff.
2) Enneccerus-Wolff, Sachenrecht § 165 Anm. 10.

tige Regelung entspricht den Belangen des Gläubigers, der unter Umständen ein erhebliches Interesse an der rechtskräftigen Verurteilung des Schuldners haben kann, namentlich dann, wenn der Pfandgegenstand offenbar zu seiner Befriedigung nicht ausreicht. Eine Ausfallhaftung mit der Pflicht des Gläubigers, sich zunächst an das Pfand zu halten, und wegen des Restes die persönliche Forderung gegen den Schuldner geltend zu machen, gibt es also außerhalb des Vollstreckungsrechts in diesem Falle nicht.

Als Ergebnis des Vorstehenden ist zusammenfassend festzustellen: Der Gedanke einer Ausfallhaftung findet sich in gewissen Rechtsverhältnissen des bürgerlichen Rechts wieder und zeigt bald stärkere, bald schwächere Anklänge an die Ausfallhaftung des § 64 KO. In derselben Ausgestaltung wie im Konkurse läßt sie sich jedoch nicht nachweisen, und daraus folgt zum Schluß, daß sich in derselben Art das Prinzip dort nicht findet.

II. Ausfallhaftung innerhalb des Vollstreckungsrechts. (§ 777 ZPO.)

Für das Gebiet des Vollstreckungsschutzes sind die Rechte des Gläubigers bereits wesentlich eingeschränkt. Bei Zusammentreffen von persönlicher Haftung und Sachhaftung kann der Gläubiger nicht mehr nach seiner Wahl entweder in das Gesamtvermögen oder in den ihm verhafteten Gegenstand vollstrecken. Das ist im § 777 ZPO. aus Billigkeitsgründen zugunsten des Schuldners bestimmt. Danach kann der Schuldner gemäß § 766 ZPO. der Zwangsvollstreckung in sein übriges Vermögen widersprechen, wenn der Gläubiger eine bewegliche Sache des Schuldners in Besitz hat in Ansehung der ihm ein Pfandrecht oder ein Zurückbehaltungsrecht zusteht, soweit die Forderung des Gläubigers durch den Wert der Sache gedeckt ist. Dieses Recht des Schuldners ist dem beneficium excussionis realis nachgebildet, um den Schuldner nach Wegfall dieser materiellen Einrede jedenfalls für das Gebiet der Zwangsvollstreckung zu schützen. In der Begründung der Novelle zur ZPO. von 1898 1) heißt es:

> „Ist der Gläubiger durch eine in seinem Besitz befindliche Sache des Schuldners gesichert, an dem ihm ein Pfandrecht für seine Forderung zusteht, so bleibt es ihm an sich unbenommen, die Zwangsvollstreckung auch in das übrige Vermögen des Schuldners zu betreiben. Andererseits ist es jedoch ein Gebot der Billigkeit, daß dem Vorgehen des Gläubigers entsprechend dem Zwecke der Pfandbestellung insoweit eine Grenze gezogen werde, als seine Forderung durch den Wert der Sache gedeckt ist."

1) S. 158, bei Seuffert-Walsmann § 777, 1b.

Die gleichen Grundsätze gelten für das Zurückbehaltungsrecht. Auf diese Weise ist die Befriedigungsmög ichkeit des Gläubigers eingeengt, er kann nicht beide uneingeschränkt durchführen, was ihm ohne die Bestimmung des § 777 ZPO. unbenommen wäre. So dient § 777 ZPO. einem Ausgleich der Interessen des Gläubigers und des Schuldners und verhindert eine Zwangsvollstreckung in das übrige Vermögen. Gerade mit Rücksicht darauf, daß mit einer Zwangsvollstreckung in das gesamte Vermögen für den Schuldner wirtschaftliche Nachteile aller Art verbunden sein können,soll das Recht des Gläubigers, eine Zwangsvollstreckung durchzuführen, auf diejenigen Fälle beschränkt werden, in denen ihm eine andere Möglichkeit, Befriedigung zu erlangen, nicht bleibt. Bei Pfand- und Zurückbehaltungsrechten hat er eine solche Möglichkeit, die ihm zunächst genügend Sicherheit bietet. Da nach § 1247 BGB. der Gläubiger wegen seiner Forderung nur insoweit als durch den Schuldner befriedigt gilt, als er durch den Pfanderlös gedeckt ist, steht ihm nachher immer noch die Möglichkeit eines Zugriffs auf das übrige Vermögen des Schuldners wegen des nicht gedeckten Restbetrages seiner Forderung, des Ausfalls, zu. Dem Recht des Gläubigers auf Befriedigung aus dem Pfande entspricht für das Gebiet des Vollstreckungsrechts eine Pflicht zur Pfandverwertung mit der Maßgabe, nur wegen des Ausfalls auf das allgemeine Schuldnervermögen zu greifen. Das Widerspruchsrecht besteht nur, soweit die Forderung durch den Wert der Sache gedeckt ist und, wenn die Sache dem Gläubiger auch noch wegen einer anderen Forderung haftet, soweit auch diese Forderung durch den Wert der Sache gedeckt ist. § 777 ZPO. gilt nur für Pfand- und Zurückbehaltungsrechte 1), also nur bei Zusammentreffen von persönlicher Haftung und Sachhaftung, nicht dagegen in allen Fällen, die nur mehrere Befriedigungsmöglichkeiten oder Wege rein persönlicher Natur gewähren. Auch findet § 777 ZPO. nur Anwendung, wenn die Sache nicht gleichzeitig dem Schuldner gehört oder wenn das Pfandrecht nicht an einer Sache, sondern an einer Forderung besteht 2). Die Rechtslage im Falle eines Widerspruchs ist ganz ähnlich wie bei § 64 KO. Beide haben gleiche Voraussetzungen und Wirkungen. Nur ein Unterschied besteht: § 777 ZPO. ist nachgiebig, § 64 KO., dagegen zwingend. § 777 ZPO. dient allein dem Schutze des Schuldners. Wenn durch die Vorschrift aber nur die Interessen des Schuldners gewahrt werden sollen, ist es ihm möglich, auf diesen Schutz zu verzichten 3). Der Erfolg eines solchen Verzichts wird regelmäßig eine Ausfallhaftung in umgekehrter

1) Nach Stein-Jonas § 777 II 1 auch für die Sicherungsüber eignung; dagg. Baumbach, § 777, 3
2) Stein Jonas § 777 II, 1.
3) Stein-Jonas § 777 III.

Reihenfolge ergeben, indem nämlich der Gläubiger zunächst das allgemeine Vermögen des Schuldners in Anspruch nimmt und zur Deckung eines hierbei vielleicht erlittenen Ausfalls die Pfandsache verwertet.

C. § 4 Ausfallhaftung innerhalb des Konkurses (§ 64 KO.)

Seine eigentliche Ausprägung hat der Grundsatz der Ausfallhaftung bei der General-Zwangsvollstreckung und in dem dem Konkursverfahren verwandten Vergleichsverfahren zur Abwendung des Konkurses 1) erfahren. Durch die neue Bestimmung des § 27 VerglO. ist der Gedanke der Ausfallhaftung für dieses Gebiet noch eindeutiger herausgestellt und erweitert, als dies bisher durch die entsprechende Anwendung des § 64 KO. gemäß § 2 VerglO. der Fall war. Im Vordergrund des Konkursverfahrens steht der Gedanke der par condicio creditorum, der gemeinschaftlichen, anteilsmäßigen Befriedigung aller persönlichen Gläubiger. Dieser Grundsatz erfordert eine strenge Behandlung derjenigen Konkursgläubiger, die wegen ihrer Forderungen durch ein besonderes Recht an einer Sache, durch ein Absonderungsrecht, gesichert sind. Ohne die Bestimmung des § 64 KO. wären diese Gläubiger nicht gehindert, die Konkursquote für ihre ganze Forderung aus der Masse zu beziehen und sich wegen des Ausfalls durch das Absonderungsrecht zu decken. Daher legt § 64 KO. gerade die umgekehrte Reihenfolge fest. Der persönliche Gläubiger, der noch durch ein Absonderungsrecht gesichert ist und diese Sicherung oftmals nur der Gunst des Gemeinschuldners oder des Zufalls verdankt, kann nicht uneingeschränkt seine Rechte innerhalb und außerhalb des Konkurses verfolgen. Er kann nicht für seine ganze Forderung die Dividende aus der Masse nehmen und außerhalb des Konkurses den Gegenstand verwerten. Eine solche Regelung würde den Interessen der persönlichen Gläubiger zuwiderlaufen, denn sie sind es, die im Konkurse regelmäßig die größten Verluste zu tragen haben, die oftmals gerade dadurch so groß werden, daß gewisse Gläubiger es verstanden haben, sich Sicherheiten zu verschaffen, die sie der Allgemeinheit vorenthalten. Mit den Grundsätzen der Billigkeit wäre ein solches Vorgehen der absonderungsberechtigten Konkursgläubiger nicht vereinbar. Das Gesetz hat daher eine solche Möglichkeit ein für allemal ausgeschaltet und im § 64 KO. bestimmt, daß der Absonderungsberechtigte als Konkursgläubiger nur für den Betrag verhältnismäßige Befriedigung aus der Masse suchen kann, zu welchem er auf abgesonderte Befriedigung verzichtet, oder mit welchem er bei der abgesonderten Befriedigung ausgefallen ist. Diese Vorschrift ist, da sie die Gesamtheit der persönlichen

1) Neufassung vom 26. 2. 1935 RGBl. I. S. 321 ff.

Gläubiger schützen soll, zwingend. Außerhalb des Konkurses kann der Schuldner auf sein Recht auf § 777 ZPO. verzichten, im Konkurse scheitert eine Vereinbarung, nach welcher der Gläubiger sich zunächst an die Masse halten und erst in zweiter Linie das Sicherungsrecht verwerten soll, an § 64 KO. 1) Der Absonderungsberechtigte kann den § 64 KO. nicht dadurch zu Fall bringen, daß er die abgesonderte Befriedigung über den Konkurs hinaus verzögert, denn dadurch verliert er überhaupt die Möglichkeit konkursmäßige Befriedigung zu erlangen. In diesem Fall wäre es ihm nämlich nicht möglich bis zum Ablauf der Ausschlußfrist einen Ausfall nachzuweisen. (§ 153 KO.).

Zweiter Teil.

Anwendungsgebiet des § 64 der Konkursordnung.

1. Kapitel: Unmittelbare Anwendung des § 64 KO.

A. § 5: Verhältnis von Konkursgläubigerrecht und Absonderungsrecht im allgemeinen.

Nach Betrachtung der geschichtlichen Grundlagen und nach einem Ueberblick über die Ausfallhaftung im allgemeinen wollen die folgenden Ausführungen sich nunmehr der Frage zuwenden, welches das Anwendungsgebiet des § 64 KO. ist, und welche Probleme die Auslegung des in dieser Vorschrift enthaltenen Prinzips der Ausfallhaftung bietet. § 64 KO. regelt die konkursmäßige Befriedigung derjenigen Gläubiger, welche abgesonderte Befriedigung beanspruchen, und denen der Gemeinschuldner für die Forderung auch persönlich haftet, also der absonderungsberechtigten Konkursgläubiger.

Der Grundsatz der Ausfallhaftung hat eine doppelte Grundlage, nämlich den Begriff des Konkursgläubigers und den des Absonderungsberechtigten. Die Ausfallhaftung ist das Ergebnis der Wechselwirkungen zwischen diesen beiden Begriffen. Durch sie wird das Anwendungsgebiet des § 64 KO. im Großen abgesteckt. Durch Verwendung dieser Begriffe im Rahmen des § 64 KO. ist aber für das Anwendungsgebiet dieser Vorschrift wenig gewonnen, so lange nicht diese Begriffe selbst einer ins einzelne gehenden Untersuchung unterzogen sind. Die nächste Aufgabe ist es daher, eine Klarstellung der Begriffe des Konkursgläubigers und des Absonderungberechtigten herbeizuführen.

B. § 6: Begriff des Konkursgläubigers.

I. Konkursgläubiger und Konkursforderung.

Der Begriff des Konkursgläubigers hängt zusammen mit dem Begriff der Konkursforderung. Hierfür fehlt es an einer unmittel-

1) Jaeger, Konkurs und Treuhand, 1928 S. 146 VII.

baren gesetzlichen Bestimmung. Doch steht der Begriff der Konkursforderung mit dem des Konkursgläubigers in derart engem Zusammenhang, daß es einer gesetzlichen Formulierung gar nicht bedurfte. Aus der Konkursgläubigereigenschaft läßt sich die Konkursforderungseigenschaft entnehmen.

Bei obligatorischen Rechtsbeziehungen sind Anspruch und Forderung identisch. 1) Das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen, ist der Anspruch (§ 194 BGB.) Seinem Inhalte nach geht der Anspruch auf eine Leistung. Die Person, die eine Leistung zu fordern berechtigt ist, bezeichnet das Gesetz als Gläubiger. Ihr steht die Person des Leistungsverpflichteten, der Schuldner, gegenüber. Gläubiger kann daher nur sein, wem eine andere Person derart verpflichtet ist, daß er von dieser eine Leistung, ein Tun oder Unterlassen, verlangen kann, also wem ein Anspruch, eine Forderung, zusteht. Das gilt auch für den Konkurs. Die Person des Konkursgläubigers setzt eine Konkursforderung voraus, umgekehrt verlangt eine Konkursforderung das Vorhandensein eines Konkursgläubigers. Die Bestimmung des § 3 KO.

> „Die Konkursmasse dient der gemeinschaftlichen Befriedigung aller persönlichen Gläubiger, welche einen zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens begründeten Vermögensanspruch gegen den Gemeinschuldner haben („Konkursgläubiger"),

legt damit auch den Begriff der Konkursforderung fest. Nach § 3 KO. kommen also als Konkursgläubiger nur persönliche Gläubiger in Betracht, dingliche Ansprüche gewähren keine Konkursforderung Die persönlichen Gläubiger sind aber sämtlich Konkursgläubiger, soweit die weiteren Voraussetzungen des § 3 auf sie zutreffen. Es macht dabei keinen Unterschied, ob ein Gläubiger etwa am Verfahren nicht teilnimmt 2). Das folgt aus dem Sinn des § 3 KO., welcher als Konkursgläubiger alle diejenigen persönlichen Gläubiger bezeichnet, deren Befriedigung die Masse zu dienen bestimmt ist. Es genügt daher zur Begründung der Konkursgläubigereigenschaft, daß die Masse der Befriedigung des Gläubigers dienen, und er damit am Verfahren teilnehmen kann. Der Rechtsgrund, dem der Anspruch entspringt, spielt keine Rolle 3). Es muß sich aber um einen Vermögensanspruch handeln. Als Vermögensansprüche kommen nur geldwerte Leistungen in Frage, denn der Konkurs kann seinem Wesen nach nur Befriedigung in Geld gewähren 4); denn die Befriedigung

1) Enneccerus I § 204 I.
2) Jaeger, I § 3 Anm. 1.
3 Jaeger, § 3 Anm. 12; Hahn S. 53/54.
4) Jaeger, § 3 Anm. 8.

erfolgt durch Verwertung des Schuldnervermögens und Verteilung von Geldbeträgen an die Gläubiger (§ 147 KO.) Daß allerdings die Leistung von vornherein auf Geld gerichtet sein muß, wird nicht gefordert. Vielmehr genügt es, daß sie in Geld umgewandelt werden kann. Dies ergibt sich mit Deutlichkeit aus § 69 KO., der die Geltendmachung von nicht auf einen Geldbetrag gerichteten Forderungen zum Schätzungswerte anordnet. Weiterhin setzt § 3 KO. voraus, daß die Forderungen z Zt. der Eröffnung des Verfahrens begründet sein müssen. Das Gesetz verlangt damit, daß ihr Entstehungstatbestand im wesentlichen verwirklicht ist, erfordert dagegen nicht, daß die Ansprüche in allen Einzelheiten bereits feststehen. Dies zeigt die Behandlung befristeter und bedingter Ansprüche im Konkurse, die mit der Auffassung des BGB. in Einklang steht, das solche Ansprüche bereits als erworbene Rechte auffaßt 1).

II. Einzelne Forderungen im Konkurse.

1. Naturalobligationen.

Diese Allgemeinuntersuchung des Begriffs der Konkursgläubiger, die sich unmittelbar an den Wortlaut des § 3 KO. angeschlossen hat, muß noch erweitert werden durch die Betrachtung einzelner Ansprüche, die eine besondere Stellung einnehmen und bisher bei der Untersuchung nicht berücksichtigt worden sind, die aber für das Ergebnis von Bedeutung sind. Außerhab des Gebietes der Konkursordnung sind die obligatorischen Ansprüche untereinander alle insoweit gleich, als sie auf ein Tun oder Unterlassen gerichtet sind. Hinsichtlich der Verwirklichung dieses Tuns oder Unterlassens sind die Gläubiger grundsätzlich alle in gleicher Rechtsstellung. Jeder kann ohne Rücksicht auf andere seine Ansprüche mit staatlicher Hilfe verwirklichen. Von dieser grundsätzlichen Gleichstellung gibt es jedoch Ausnahmen.

Einzelnen Ansprüchen versagt das Gesetz die Erzwingbarkeit. Es sind dies die Fälle der sog. Naturalobligationen oder unvollkommenen Verbindlichkeiten. Nach den gesetzlichen Bestimmungen der §§ 656, 762, 764 BGB. und 64 und 66 BörsenG. kann aus einem Ehemaklervertrag, aus Spiel, Wette und Differenzgeschäft sowie unter Umständen aus Börsentermingeschäften eine Verbindlichkeit nicht begründet werden. Diese Vorschriften werden dahin ausgelegt, daß nur eine klagbare Verbindlichkeit nicht begründet werden könne. Die Gläubiger solcher Ansprüche sind anderen gegenüber daher schwächer gestellt, weil die Forderungen mit einem Mangel behaftet sind. Sie sind aber dennoch Gläubiger und haben Ansprüche. Daraus folgt die Möglichkeit einer Erfüllung, und das Gesetz versagt dem Schuldner die Möglichkeit der Rückforderung des zur Erfüllung

1) Bleyer, § 3 Bem. 5.

Geleisteten. Die gleichen Grundsätze gelten für diejenigen Forderungsbeträge, die im Konkurse durch Zwangsvergleich (§§ 173 ff. KO.) oder außerhalb des Konkurses nach der Vergleichordnung erlassen sind. Auch sie sind nach einhelliger Ansicht Naturalobligationen 1). Mit Recht hat das Reichsgericht 2) eine Naturalobligation auch dann als vorliegend angesehen, wenn durch vertragsmäßigen Verzicht des Gläubigers auf Beitreibung der Forderung die Unerzwingbarkeit begründet worden ist 3).

Die Behandlung dieser Naturalobligationen hat Schwierigkeiten für den Fall des Schuldnerkonkurses geboten. Der Mangel der Erzwingbarkeit, der die Gläubiger dieser Art von Ansprüchen schon außerhalb der Vollstreckung gegenüber anderen Gläubigern zurücksetzt, muß im Konkurse erst recht aufrecht erhalten werden. Es würde dem Grundsatz der par condicio creditorum widersprechen, wenn man diesen Gläubigern eine Konkursbeteiligungsbefugnis zubilligen, ihre Forderungen also als Konkursforderungen behandeln würde. Den Ausschluß dieser Forderungen aus dem Konkurse folgert man aus dem Sinn des Konkurses als eines Vollstreckungsverfahrens und gibt dem § 3 KO. den Inhalt „erzwingbarer Vermögensanspruch" 4). Wer keinen im Wege der Singularexekution verfolgbaren Anspruch hat, hat einen solchen erst recht nicht bei der Universalexekution. Diese Begründung ist ohne weiteres zutreffend. Wie durch die Auslegung der materiellrechtlichen Vorschriften der Naturalobligationen (§§ 656, 762—764 BGB., 64 und 66 BörsenG.) die Worte „eine Verbindlichkeit nicht begründet" in „eine klagbare Verbindlichkeit nicht begründet" interpretiert worden sind, so kann auch Vermögensanspruch" in § 3 KO. in „erzwingbaren Vermögensanspruch" umgedeutet werden.

Durch diese Begründung sind aber noch nicht alle Schwierigkeiten behoben. Dies zeigt besonders die Untersuchung des verjährten Anspruchs. Der verjährte Anspruch gehört auch zu den Naturalobligationen, nimmt aber unter ihnen eine besondere Stellung ein. Er ist nicht wie die vorerwähnten durch einen Mangel im Entstehungstatbestand gekennzeichnet, sondern als rechtsbeständiger Anspruch zur Entstehung gelangt. Durch Zeitablauf hat sich dem Anspruch erst später ein Mangel angeheftet, der sich als Leistungsverweigerungsbefugnis auswirkt. Daß also der verjährte Anspruch nicht mehr erzwungen werden kann, hat er mit den anderen Naturalobligationen gemeinsam, er unterscheidet sich aber dadurch, daß bei

1) Jaeger § 193 Anm. 5; Mentzel, § 193 Bem. 2b; Kiesow, § 73 Anm. 12.
2) RG. 67/392.
3) ſ dazu Jaeger, § 3 Anm. 14a. E. Kohler, Lb. S. 87/88.
4) Jaeger, § 3 Anm. 14; Mentzel § 3 Bem. 4 S. 42.

den Naturalobligationen mit stärkerer Wirkung der Mangel der Erzwingbarkeit von Amts wegen berücksichtigt werden muß, während er bei dem verjährten Anspruch vom Schuldner geltend gemacht werden muß 1). Dem verjährten Anspruch ist damit grundsätzlich nicht die Klagbarkeit genommen, denn aus dem im Klagewege erhobenen verjährten Anspruch erfolgt ohne weiteres Verurteilung des Schuldners, wenn er nicht die Verjährung geltend macht. Bis zur Geltendmachung der Verjährung steht er daher nicht anders da, als jeder andere Anspruch. Diese Unterschiede gegenüber den Naturalobligationen mit stärkerer Wirkung haben auch zu einer verschiedenen Beurteilung des Anspruchs im Konkurs geführt.

Ausgehend von dem Gedanken, daß die verjährte Forderung keine unvollkommene Verbindlichkeit im üblichen Sinne sei, der die Klagbarkeit fehle, stellt Wolff 2) sie in den Kreis der Konkursforderungen. Durch Geltendmachung des Leistungsverweigerungsrechtes scheide die Forderung aus dem Kreise der Konkursforderungen aus. Nach seiner Ansicht nimmt also nur die Geltendmachung der Verjährung dem Anspruch den Charakter der Konkursforderung. Zur Erhebung der Verjährungseinrede hält er allein den Konkursverwalter für befugt, weil nur dieser gemäß § 6 KO., zur Ausübung der ursprünglich allein dem Gemeinschuldner zustehenden Einrede berechtigt sei. An das Verhalten des Konkursverwalters hält er auch nach Konkursbeendigung den Gemeinschuldner für gebunden.

Zu dieser Ansicht neigt auch Kohler 3). Er scheidet ohne weiteres die Naturalobligationen aus dem Kreise der Konkursforderungen aus, wenn er zur Teilnahme nur Gläubiger mit Klagerecht zuläßt. Hiervon wird aber der verjährte Anspruch nicht betroffen, da er klagbar bleibt. Dieser Unterschied von den anderen Naturalobligationen hat wohl auch Kohler 4) dazu veranlaßt, der verjährten Forderung im Falle der Geltendmachung der Verjährung nicht die Kraft beizumessen, „den Gläubiger zum Konkursgläubiger zu machen". Diese Aeußerung kann nur dahin verstanden werden, daß er der verjährten Forderung bis zur Geltendmachung der Verjährung Konkursforderungseigenschaft beimißt. Auch Mentzel 5) vertritt den Standpunkt, daß die verjährten Forderungen Konkursfor-

1) Enneccerus I § 218 III Anm. 8a: „Genau genommen handelt es sich um eine klagbare Obligation, die jedoch durch Einrede derart entkräftet ist, daß nur Wirkungen, wie sie bei der Naturobligation vorkommen, zurückbleiben."
2) LZ. 1908 Sp. 107 ff.
3) Leitfaden S. 185.
4) a. a. O.
5) § 3 Bem. 4 S. 42.

derungen seien, da sie klagbar seien. Es hänge von dem Verwalter ab, ob er unter Geltendmachung der Verjährung gegen ihre Feststellung Widerspruch erheben wolle.

Demgegenüber sprechen v. Sarwey-Bossert, v. Wilmowski, Bleyer1) und vor allem Jaeger2) dem verjährten Anspruch überhaupt die Eigenschaft ab, jemals Konkursforderung sein zu können.. Jaeger3) begründet diese Ansicht mit dem Wesen des Konkurses allgemein und dem Hinweis, der verjährte Anspruch könne nicht mehr als Vermögensanspruch im Sinne des § 3 KO. angesehen werden. Dieses Ergebnis ist einschließlich der Begründung durchaus zu billigen. Nicht jeder Anspruch außerhalb des Konkurses ist, wie allgemein anerkannt und an dem Beispiel der Naturalobligationen mit stärkerer Wirkung nachgewiesen worden ist, für den Bereich der Konkursordnung eine Konkursforderung. Der Begriff der „Konkursforderung" bedeutet nicht die Uebertragung des außerkonkursrechtlichen Begriffs „Forderung" auf das Konkursrecht. Das Gesetz knüpft vielmehr an die Konkurseröffnung Wirkungen, die für den Bereich des Konkurses auf die Forderungen einwirken. Diese Wirkung hat zwar keinen Einfluß auf den materiellrechtlichen Bestand der Forderungen, sondern bewirkt nur formell nach konkursrechtlichen Grundsätzen eine Schwächung oder eine Stärkung der Ansprüche. Die Stärkung kann z. B. darin bestehen, daß ein Anspruch ein besonderes Vorrecht vor anderen genießt (§ 61 KO.) oder zum Masseanspruch wird (§§ 57 ff. KO.), die Schwächung dagegen darin, daß er von der konkursmäßigen Berücksichtigung schlechthin ausgeschlossen wird (§ 63 KO.). Mit Rücksicht auf diese Wirkung kann man die Konkurseröffnung als den Prüfstein bezeichnen, an dem sich die Forderungen bewähren müssen. Konkursforderungen können nur solche Forderungen sein, die sich an diesem Prüfstein bewähren. In diesem Sinne „bewähren" können sich aber nur solche Forderungen, die unter allen Umständen im Konkurse zu berücksichtigen sind. Wenn das Prinzip des Konkurses schon so stark ist, Ansprüche der im § 63 KO. genannten Art, denen keinerlei Mangel anhaftet, auszuschließen, dann muß dies umsomehr für solche Ansprüche gelten, die außerhalb des Konkurses durch einen Mangel gekennzeichnet sind. Haftet danach einem Anspruch ein Mangel an, der ihn, nach außerkonkursrechtlichen Grundsätzen beurteilt, auch nur unter Umständen von der Konkursbeteiligung ausschließen würde, so kann hier nicht mehr von einer Bewährung gesprochen werden. Ob dieser Mangel einen Mangel im

1) Sarwey-Bossert § 2 Nr. 1; v. Wilmowski, § 3 Bem. 5; Bleyer, § 3 Bem. 4.
2) § 3 Anm. 14.
3) a. a. O.

Entstehungstatbestand darstellt oder erst später hinzugetreten ist, ob er von Amts wegen oder nur bei einredeweiser Geltendmachung zu berücksichtigen ist, muß gleich sein. Die Konkursforderungseigenschaft fehlt in jedem Falle. Damit scheidet auch die verjährte Forderung von vornherein aus dem Kreise der Konkursforderungen aus.

Dieses Ergebnis stellt auch für den betreffenden Gläubiger keine unbillige Härte dar, denn die Folgen des Verjährungseintrittshat er in jedem Falle sich selbst zuzuschreiben: In seiner Macht stand es, die Verjährung rechtzeitig zu verhindern. Wenn es auch außerhalb des Konkurses dem Schuldner freisteht, den verjährten Anspruch zu befriedigen, so kann ein solches Recht im Konkurse nicht mehr anerkannt werden. Außerhalb des Konkurses haben an der Erfüllung oder Nichterfüllung des verjährten Anspruchs nur der Gläubiger und der Schuldner ein unmittelbares Interesse, im Konkurse dagegen stehen die Interessen der gesamten Gläubigerschaft auf dem Spiel, und diese gilt es in erster Linie zu wahren. Diesen Interessen aber entspricht ein möglichst geringer Konkursverlust. Der Wahrung ihrer Belange entspricht daher die Ausschließung eines Gläubigers, der nicht wie sie einen unter allen Umständen realisierbaren Anspruch hat. Da die Konkursforderungseigenschaft dem verjährten Anspruch von vornherein fehlt, entscheidet nicht der Konkursverwalter allein über ihre Zulassung zum Konkurse, sondern jeder Gläubiger ist berechtigt, der Feststellung der verjährten Forderung zu widersprechen.

2. Nach § 63 Ziff. 3 und 4 KO. vom Konkurse ausgeschlossene Forderungen.

Mit den Naturalobligationen ist der Kreis der Forderungsrechte, die sich im Konkurse nicht bewähren, noch nicht erschöpft. Konkursgläubiger sind zwar nur die in § 3 KO. erwähnten Gläubiger, aber nicht alle, bei denen die angeführten Merkmale zutreffen, sind Konkursgläubiger. Durch Ausnahmebestimmungen des Gesetzes sind gewisse Gläubiger von dem Kreise der Konkursgläubiger ausgeschlossen worden, obwohl ihnen zur Zeit des Konkursbeginns bereits ein begründeter Vermögensanspruch gegen den Gemeinschuldner zustand. Während es sich bei den Naturalobligationen um Ansprüche handelte, bei denen schon außerhalb des Konkurses ein Mangel vorhanden war, trifft der jetzt untersuchte Fall Ansprüche, die außerhalb des Konkurses fehlerfrei sind. Erst die Konkurseröffnung mit ihrer sondierenden Wirkung scheidet diese Ansprüche aus. Es sind dies die Ansprüche aus § 63 Ziff. 3 und 4 KO. Hinsichtlich dieser beiden Ziffern bestimmt das Gesetz, daß „im Konkursverfahren nicht geltend gemacht werden können a) Geldstrafen und b) Forderungen aus einer Freigebigkeit des Gemeinschuldners unter Lebenden und von Todes wegen". Da

es sich bei diesen Ansprüchen um solche handelt, die den Erfordernissen des § 3 KO. an sich genügen, ist von Stieglitz 1) die Ansicht vertreten worden, sie seien Konkursforderungen, die Gläubiger Konkursgläubiger, die Forderungen könnten nur nicht geltend gemacht werden. Diese Ansicht wird aber allgemein gemißbilligt. Oetker 2) hat überzeugend nachgewiesen, daß der Gesetzgeber nicht zuvor einen „reinen" Begriff der Konkursgläubiger (§ 3 KO.) konstruiert und dann beschlossen habe, im Falle des § 56 (a. F.) den Gläubigern das ihnen begrifflich zustehende Teilnahmerecht „tatsächlich" abzuschneiden. Das Nebeneinander der §§ 2 und 56 KO. (a. F.) erklärt sich nach seiner Meinung nur daraus, daß es nicht möglich sei, eine kurze Begriffsbestimmung so einzurichten, daß die im § 56 KO. (a. F.) gedachten Forderungen von vornherein ausgeschlossen wären. Diese Begründung trifft den Kern der Sache. Die begriffliche Zuerkennung einer Rechtsstellung, deren Ausnutzung aber dann grundsätzlich versagt würde, wäre ein Widersinn, der dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden kann. Die Begriffsbestimmung der Konkursforderung als Forderung, die sich im Konkurse bewährt, vermeidet diese Schwierigkeit, indem von einer Bewährung dann nicht mehr gesprochen werden kann, wenn das Gesetz die „Geltendmachung" der Forderung, und sei es auch nur diese, ausschließt.

3. Bevorrechtigte Konkursforderungen (§ 61 KO.)

In einzelnen Fällen hat sich das Gesetz nicht damit begnügt, Forderungen die Teilnahmebefugnis zu belassen, sondern ist noch darüber hinaus gegangen und hat ihnen einen Vorzug beigelegt. Es sind dies die „bevorrechtigten Forderungen" des § 61 KO. Sie sind trotz ihres Vorrechts Konkursforderungen wie ihre Stellung in § 61 KO. zeigt, sie werden nur vor allen anderen Gläubigern in der Rangfolge des § 61 KO. befriedigt.

4. Durch Vormerkung gesicherte Ansprüche.

Neben diesen Konkursgläubigern stehen bestimmte Gläubiger, auf die zwar die Begriffsmerkmale der Konkursgläubiger zutreffen, die vom Gesetz gleichfalls besonders bevorzugt sind, bei denen aber anders als bei den bevorrechtigten Konkursgläubigern des § 61 KO. die Bevorzugung zur Folge hat, daß sie unter Verlust ihrer Eigenschaft als Konkursgläubiger über diese hinaus erhoben werden. Es sind dies die „vorgemerkten Gläubiger" der §§ 883 und 1098 Abs. 2 BGB. Ihre Rechtsstellung beruht auf der Sicherungsfunktion der Vormerkung und des ihr gleichstehenden dinglichen Vorkaufsrechts

1) Stieglitz, § 2 Bem. VII.
2) Oetker, S. 135.

(§ 1098 Abs. 2 BGB.), deren Wirksamkeit die Konkursordnung im § 24 KO. anerkennt. Sie nehmen am Konkursverfahren nicht teil, sind keine Konkursgläubiger, können vielmehr Erfüllung ihres Anspruchs verlangen.

5. Masseansprüche.

Schließlich muß im Rahmen der Betrachtung der Konkursgläubiger noch einer Gruppe von Gläubigern Erwähnung getan werden, die das Gesetz aus der Reihe der Konkursgläubiger ebenfalls hervorgehoben hat, bei denen aber die Heraushebung nicht auf einem Umstande beruht, der, wie bei den „vorgemerkten" Gläubigern, in der Kraft einer besonderen Sicherungseinrichtung des materiellen Rechts zu suchen ist. Es sind dieses die Gläubiger der Masseansprüche, der Massekosten (§ 58 KO.) und der Masseschulden (§ 59 KO.). Soweit die Entstehung der Masseansprüche in die Zeit nach Konkurseröffnung fällt, würde sich ihre völlige Nichtberücksichtigung gerechtfertigt haben, soweit sie aber vor dieser Zeit entstanden sind, hätten sie ohne Sonderregelung nur Konkursforderungen sein können. Ihre Sonderstellung beruht darauf, daß es sich bei den Masseverbindlichkeiten teils um Verfahrensaufwendungen, teils um für die Masse vorteilhafte Rechtsgeschäfte, teils aber auch um Geschäfte und Handlungen, für deren Erfolg die Masse einzustehen hat, handelt. Die Gläubiger der Masseansprüche sind keine Konkursgläubiger. Das zeigt schon ihre Stellung im System. Das Gesetz behandelt sie im VII. Titel im Anschluß an die Aussonderungs-, Absonderungs- und Aufrechnungsberechtigten vor den Konkursgläubigern und nennt sie im Gegensatz zu diesen Massegläubiger. Ihren Unterschied zu den Konkursgläubigern zeigt der § 57 KO., indem er die „Vorwegbefriedigung" aus der Masse anordnet. Unzutreffend ist die Ansicht Hellmanns 1), der das Hauptunterscheidungsmerkmal von den Konkursgläubigern darin erblickt, daß nicht der Gemeinschuldner, sondern die Konkursgläubiger Schuldner dieser Ansprüche seien, denn die Ansprüche gehen zu Lasten der Masse, deren Träger der Gemeinschuldner ist. Die Befriedigung der Massegläubiger aus der Masse „vorweg" stellt sie nicht zu den Konkursgläubigern in ein Verhältnis der Bevorrechtigung wie die bevorrechtigten Konkursgläubiger zu den gewöhnlichen, sondern gewährt ihnen eine Stellung besonderer Art. Sie sind keine Konkursgläubiger, sondern eben „Massegläubiger". Auf sie finden daher auch die für Konkursgläubiger geltenden Vorschriften keine Anwendung, so insbesondere erfolgt ihre Befriedigung außerhalb des Konkursverfahrens.

1) Hellmann, § 20 S. 195.

C. § 7: Begriff des Absonderungsberechtigten.

I. Massezugehörigkeit und Vermögenszugehörigkeit.

Die zweite Grundlage für die Ausfallhaftung bildet das Absonderungsrecht. Die auf das Absonderungsrecht bezüglichen Bestimmungen sind in den §§ 4, 47 ff. KO. enthalten. Während § 4 KO. die allgemeinen Voraussetzungen für das Absonderungsrecht aufstellt, bestimmen die §§ 47 ff. KO. die einzelnen Rechte, die ein Absonderungsrecht begründen.

Der Wortlaut im § 4 „Ein Anspruch auf abgesonderte Befriedigung aus Gegenständen, welche zur Konkursmasse gehören, . . ." bietet zu Mißverständnissen Anlaß. Er könnte dahin verstanden werden, daß auch anderen als zur Konkursmasse gehörigen Gegenständen Absonderungsrechte bestehen könnten. Das will § 4 KO. aber keineswegs zum Ausdruck bringen. Das Absonderungsrecht im Konkurse ist das Recht, aus einem Gegenstand durch Verwertung Befriedigung zu suchen. Das Recht auf Verwertung ist die Folge der an dem Gegenstand bestehenden Sicherungs- oder Wertrechte1). Diese Sicherungsrechte beurteilen sich nach materiellem Recht, dem sie ihre Entstehung verdanken und können sowohl dinglicher als auch schuldrechtlicher Natur sein. Ihr Inhalt richtet sich nach den Vorschriften des sie begründenden materiellen Rechts. Für den Fall des Konkurses offenbaren sie eine besondere Funktion, nämlich das Recht auf abgesonderte Befriedigung, und daher ist das Absonderungsrecht kein selbständiges Recht2). Dadurch, daß die Wirkung des Sicherungsrechts im Konkurse sich als Recht auf abgesonderte Befriedigung darstellt, folgt, daß das Sicherungsrecht außerhalb des Konkurses niemals ein Absonderungsrecht darstellen kann3). Der § 4 KO. kann daher nur die Bedeutung haben, festzustellen, wann ein Sicherungsrecht ein Recht auf abgesonderte Befriedigung gewährt, und dies kann eben nur der Fall sein, wenn das Sicherungsrecht an einem zur Masse gehörigen Gegenstand besteht. Solange also der Gegenstand, an dem ein Recht, das bei Vorliegen der Voraussetzungen ein Recht auf abgesonderte Befriedigung gewähren würde, nicht zur Konkursmasse gehört, besteht ein Absonderungsrecht gleichwohl nicht. Wenn trotzdem der Sprachgebrauch sich gelegentlich des Ausdrucks „Absonderungsrecht an massefremden Gegenständen"4) bedient, so muß

1) Jaeger Ob § 17 I S. 110.
2) Seuffert, § 17 1 S. 102.
3) Oetker, I § 16 S. 465/66.
4) Wolff, Absonderungsrecht § 22 S. 113: „Das an fremden Sachen bestellte Absonderungsrecht".

diese Bezeichnung als irreführend abgelehnt werden. Diese irreführende Terminologie beruht darauf, daß man das Absonderungsrecht nicht mit der genügenden Schärfe als rein konkursrechtliche Einrichtung behandelt, vielmehr die Natur des Sicherungsrechts mit seiner Wirkung im Konkurse gleichsetzt. Das ändert jedoch nichts an der Unrichtigkeit.

Als Voraussetzung eines Absonderungsrechts muß also nach § 4 KO. Massezugehörigkeit verlangt werden. Die Massezugehörigkeit bestimmt sich nach § 1 KO. Danach umfaßt die Konkursmasse das gesamte, einer Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners, welches ihm z. Zt. der Konkurseröffnung gehört. Ueber die Massezugehörigkeit entscheidet also die Zugehörigkeit zum Vermögen des Gemeinschuldners. Die Untersuchung hat sich daher zunächst mit dem Begriff des Vermögens bezw. der Vermögenszugehörigkeit zu befassen.

Da es an einer gesetzlichen Begriffsbestimmung des Vermögens fehlt, muß versucht werden, auf Grund allgemeiner Ueberlegungen zum Ziele zu gelangen.

Die Betrachtungsform rein wirtschaftlicher Auffassung als Summe der einer Person zustehenden Güter bringt die Untersuchung diesem Ziel nicht näher, da wirtschaftliche Begriffe allein zur Lösung von Rechtsbegriffen nicht führen können. Daß der Begriff „Vermögen" nicht allein wirtschaftlicher Natur ist, sondern auch einen Rechtsbegriff enthält, zeigen außer § 1 KO. die §§ 419 und 1922 BGB. In den Fällen der §§ 419 und 1922 BGB. wird man mit dem wirtschaftlichen Begriff des Vermögens als Gesamtheit der einer Person zustehenden geldwerten Güter auch für das Rechtsgebiet auskommen. Diese Bestimmungen bieten auch ohne scharfe Begriffsabgrenzung des Vermögens der Auslegung keine Schwierigkeiten, der § 419 BGB. nicht, weil nicht das Schicksal des einen Vermögensstücks, sondern das der Hauptmasse entscheidend ist, § 1922 BGB. deshalb nicht, weil dort geklärte erbrechtliche Begriffe in Frage stehen und mit „Vermögen" alles das gemeint ist, was durch Erbgang übergehen kann. Für das Vollstreckungsrecht genügen aber Allgemeinbegriffe deshalb nicht, weil gerade hier Grenz- und Zweifelsfälle einer begrifflich scharfen und genauen Aufklärung bedürfen.

Den Anlaß, sich mit dem Begriff des Vermögens eingehend zu befassen, boten für Rechtsprechung und Lehre die immer zahlreicher auftretenden Fälle der Treuhandgeschäfte. Zwei Ansichten stehen sich grundsätzlich und unvereinbar gegenüber.

Die erste Meinung entscheidet die Vermögenszugehörigkeit grundsätzlich nach der dinglichen Rechtszuständigkeit. Nach dieser Ansicht gehören zum Vermögen alle Sachen, an denen der Vermögens-

träger dingliche Rechte hat, in dem durch diese bestimmten Umfange, und weiter alle Forderungsrechte in ihrer Eigenschaft als solche. Dagegen sollen Forderungsrechte auf eine Sache niemals ausreichen, eine besondere Vermögenszugehörigkeit der Sache, auf die sie sich beziehen, zu begründen. Typischer Vertreter dieser Ansicht ist Lilienthal. 1)

Nach der anderen Auffassung wird dagegen anerkannt, daß schuldrechtliche Bindungen auf Seiten des dinglich Berechtigten in vielen Fällen die Vermögenszugehörigkeit einer Sache beeinflussen können. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts und ihm folgend die der unteren Gerichte, hat unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse den Begriff der Vermögenszugehörigkeit in rechtlicher Hinsicht zu klären versucht. So hat das Reichsgericht einmal anläßlich eines Aussonderungsrechtsstreits ausgesprochen:

> Die Voraussetzungen, daß der auszusondernde Gegenstand nicht dem Gemeinschuldner gehören dürfe, verstehe sich nicht dahin, daß der Gegenstand nicht einen Teil des Vermögens des Gemeinschuldners in dem Sinne bilden dürfe, daß dieser berechtigt sei, in seinem Interesse darüber zu verfügen 2).

Hierin kommt deutlich zum Ausdruck, daß die dingliche Rechtszuständigkeit nicht allein entscheidend sein soll. Die Formulierung „im eigenen Interesse über einen Gegenstand zu verfügen", deckt sich jedoch nicht ganz mit der Anwendung des Begriffs. Dem Wortlaut nach würde daraus zu folgern sein, daß eine Sache bereits in das Vermögen eines anderen gelangen würde, wenn sich jemand verpflichtete, darüber nur im Interesse eines anderen zu verfügen (z. B. Erwerb eines Gegenstandes durch stillen Stellvertreter). Die Entscheidung bei der Sicherungsübereignung würde dagegen zweifelhaft sein, da der Sicherungsgeber stets die Rechte des Gesicherten in Rücksicht ziehen müßte, und dieser insoweit von Rechts wegen in die Lage kommen könnte, über die Sicherung im eigenen Interesse zu verfügen. Die Zugehörigkeit zum Vermögen des Vertretenen hat das Reichsgericht aber stets solange verneint, als dem stillen Vertreter der erworbene Gegenstand noch dinglich zustand 3). Die Begründung hierfür liegt in der Auffassung des Reichsgerichts von der Treuhand als Verwaltung anvertrauten Gutes. 4) Dagegen hat das Reichs-

1) DJZ 1902/542 ff.: „Durch keinen Billigkeitsgrund wird man je beweisen können, daß eine Sache, deren Eigentum dem Gemeinschuldner zusteht, nicht diesem, sondern einem anderen zusteht."
2) RG. 45/80.
3) Gruch. 54/623 Nr. 33; RG. 84/217; LZ. 15/1022; RG. 91/14; Gruch. 66/590.
4) RG. 94/308; Gruch. 66/590.

gericht immer dahin entschieden, daß die Sicherung als zum Vermögen des Sicherungsgebers gehörig anzusehen sei. Daraus ergeben sich, wenn man den oben erwähnten Ausdruck des Reichsgerichts als Grundregel nimmt, zwei neue Gesichtspunkte für die Vermögenszugehörigkeit. Erstens ist die Herkunft des Gegenstandes von Bedeutung, und zweitens braucht nicht ein ausschließliches wirtschaftliches Interesse auf seiten des Geschäftsherrn zu bestehen. Ausgehend von der dinglichen Rechtslage legt das Reichsgericht den Begriff der Vermögenszugehörigkeit also durch Abweichungen von dieser Lage fest und bestimmt als Kriterium das Vorliegen eines dem Rechtsvorgänger gegenüber zweckgebundenen Erwerbsaktes.

Aehnlich wie das Reichsgericht stellen sich die Kommentare zur Konkursordnung von Jaeger und Mentzel und zur ZPO. von Stein-Jonas. Auf den ersten Blick scheinen sie von der Auffassung des Reichsgerichts abzuweichen. Das trifft jedoch nicht zu und beruht nur auf einer weniger scharfen Formulierung. So sagt Jaeger:1)

> „Gehören heißt, dem Rechte nach zustehen. Eine Sache gehört dem Eigentümer, eine Forderung dem Gläubiger."

Stein-Jonas 2) entnimmt die Entscheidung über die Vermögenszugehörigkeit des Rechts „seiner materiellrechtlichen Natur und Wirksamkeit". Im ähnlichen Sinne äußert sich Mentzel. 3)

Alle drei schränken ihren Standpunkt jedoch dahin ein, daß formelle und inhaltsleere Rechte außer Betracht zu bleiben hätten. Damit messen sie aber grundsätzlich einer schuldrechtlichen Gebundenheit des Vermögensträgers Bedeutung bei, denn diese macht das Recht formell und inhaltsleer.

Der Unterschied beider Auffassungen läßt sich dahin bestimmen: Die erste beurteilt die Vermögenszugehörigkeit jedes einzelnen Gegenstandes unabhängig von anderen, allein nach der dinglichen Rechtslage, die andere dagegen betrachtet die Gegenstände als untereinander verbunden unter Berücksichtigung der schuldrechtlichen Verhältnisse. Diese Begriffsbestimmung entspricht den allgemeinen Vermögensvorstellungen, welche das Vermögen als Einheit, als Ganzes, werten. Für das Gebiet des Vollstreckungsrechts bietet diese Auffassung zudem noch den Vorteil, daß sie das Verständnis der vollstreckungsrechtlichen Vorgänge erleichtert. Die Vollstreckung findet grundsätzlich in das Vermögen als Ganzes statt, ein Umstand, der zur Berücksichtigung der Zusammenhänge in ihrer Gesamtheit zwingt.

1) § 1 Anm. 53.
2) § 771 Bem. II.
3) § 1 Bem. 5.

Dies kann auch nur der Grund sein, welcher die Gerichte dazu veranlaßt hat, bei der Beurteilung des Vermögens in vollstreckungsrechtlicher Hinsicht wirtschaftliche Erwägungen zu berücksichtigen.

Wenn danach mit der herrschenden Ansicht angenommen werden muß, daß die Vermögenszugehörigkeit abweichend von der dinglichen Rechtslage aufgefaßt werden muß, so bleibt noch übrig, festzustellen, welcher Art die Schuldrechte sein müssen, die von Einfluß auf die Vermögenszugehörigkeit sind. Es kommen nur Rechte in Betracht, die die Verfügungsfreiheit des dinglich Berechtigten zugunsten eines anderen binden. Da die Vermögenszugehörigkeit sich als ein Zustand darstellt, müssen die die Vermögenszugehörigkeit beeinflussenden Schuldrechte so beschaffen sein, daß sie ein Verhältnis auf die Dauer regeln, also zur Aufrechterhaltung eins Zustandes dienen. Das Ergebnis der vorstehenden Betrachtung läßt sich zusammenfassend dahin bestimmen:

> Zur Konkursmasse gehörig heißt zum Vermögen des Gemeinschuldners gehörig. Zu diesem gehören aber alle Gegenstände, die ihm dinglich zustehen, mit Ausnahme solcher, die zugunsten einer anderen Person einer schuldrechtlichen, auf die Dauer bestimmten Verfügungsbeschränkung unterliegen, ferner alle Gegenstände, bezüglich deren zu seinen Gunsten eine derartige Verfügungsbeschränkung besteht.

II. Die Absonderungsrechte der Konkursordnung.

Durch die Bestimmung des § 4 KO., daß Absonderungsrechte nur in den von der Konkursordnung zugelassenen Fällen geltend gemacht werden können, hat sich das Gesetz die Begrenzung des Kreises der Absonderungsrechte vorbehalten. Diesem im Interesse der Einheitlichkeit und Uebersichtlichkeit aufgestellten Vorbehalt zufolge bestimmen die §§ 47—52 KO. den Kreis der Rechte, die einen Anspruch auf abgesonderte Befriedigung gewähren. Der § 47 KO. billigt ein Recht auf abgesonderte Befriedigung aus Gegenstanden des unbeweglichen Vermögens demjenigen zu, dem ein Recht auf Befriedigung aus demselben zusteht. Dagegen trifft er keine Bestimmung über die Gegenstände, welche der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen unterliegen. Diese Gegenstände sind aus anderen Gesetzen zu entnehmen. In erster Linie kommt hier die Zivilprozeßordnung (§§ 864, 865) in Betracht. Danach unterliegen der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen a) Grundstücke, und zwar ganz oder nur zu einem Bruchanteil, b) Berechtigungen, für welche die auf Grundstücke sich beziehenden Vorschriften gelten und Bruchteilsrechte an solchen Berechtigungen, c) die im Schiffsregister eingetragenen Schiffe, d) die Bahneinheiten gemäß dem Preußischen Gesetz vom 8. 7. 1902 (GS. S. 237), e) die Auslandshochseekabel nach dem

Kabelzwangsgesetz und f) die Gegenstände, auf welche sich bei Grundstücken und Berechtigungen die Hypothek, bei Schiffen und Auslandshochseekabeln das eingetragene Pfandrecht mit erstreckt. Unter den Rechten, welche einen Anspruch auf Befriedigung „aus" den genannten Gegenständen gewähren, sind die wichtigsten: die Grundstückspfandrechte (Hypothek, Grund- und Rentenschuld §§ 1113, 1191, 1199 BGB.), das Schiffs- und Kabelpfandrecht (§§ 1260 BGB., 755 HGB., 103 BinnenSchG., § 1 KabelpfandG.), die Reallast (§ 1105 BGB.) und die Rechte, auf welche die Vorschriften über Reallasten Anwendung finden, z. B. die Ueberbaurente (§§ 912 bis 914 BGB.), die Notwegrente (§ 917 BGB.)und das Recht auf Unterhaltung einer Anlage im Rahmen einer Grunddienstbarkeit (§ 1021 BGB.). In Betracht kommen hier endlich noch die Vorschriften der §§ 10 Ziff. 1—3, 48 und 155 ZVG. 1).

Weit weniger zersplittert als für das Gebiet des unbeweglichen Vermögens sind die Vorschriften über Absonderungsrechte auf dem Gebiet des beweglichen Vermögens. In kasuistischer Weise zählen die §§ 48 und 49 KO. die Rechte auf, die im Konkurse ein Absonderungsrecht gewähren. Nach diesen Bestimmungen berechtigen zur abgesonderten Befriedigung Vertragspfandrechte, öffentliche Abgaben in Ansehung der zurückgehaltenen oder in Beschlag genommenen zoll- und steuerpflichtigen Sachen, gesetzliche Pfandrechte und Pfändungspfandrechte, das Zurückbehaltungsrecht wegen nützlicher Verwendung auf eine Sache und kaufmännische Zurückbehaltungsrechte. § 51 KO. gewährt dem Gemeinschaftsgenossen des Gemeinschuldners wegen der auf einem Gemeinschaftsverhältnis sich gründenden Forderungen abgesonderte Befriedigung aus dem bei der Teilung oder sonstigen Auseinandersetzung ermittelten Anteil des Gemeinschuldners. Das Auffallende an diesem Absonderungsrecht ist das Fehlen eines Wertrechts außerhalb des Konkurses. § 52 KO. gibt endlich noch den Lehen-, Stammguts- und Fideikommißgläubigern ein Recht auf abgesonderte Befriedigung aus dem Lehen, Stammgut oder Fideikommiß.

III. Absonderungsrechte außerhalb der Konkursordnung.

Damit ist der Kreis der von der Konkursordnung zugelassenen Absonderungsrechte erschöpft. Gleichwohl sind aber damit noch nicht alle bestehenden Absonderungsrechte genannt. Dem scheint § 4 KO. entgegenzustehen, welcher besagt, daß ein Anspruch auf abgesonderte Befriedigung nur in den von der Konkursordnung zugelassenen Fällen geltend gemacht werden kann. Diese Bestimmung ist aber

1) Näheres hierzu bei Mentzel, § 47 Bem. 2 und 3.

nicht so zu verstehen, daß damit grundsätzlich jedes weitere Entstehen von Absonderungsrechten unterbunden werden soll. Zweck dieser Vorschrift ist vielmehr, landesrechtlichen Absonderungsrechten — soweit die Konkursordnung sie nicht ausdrücklich zuläßt — für die Zukunft die Gültigkeit zu nehmen. Die Entstehung neuer Absonderungsrechte durch Reichsgesetze hat dagegen die Konkursordnung weder verhindern wollen noch verhindern können. Die Zulässigkeit der Bildung neuer Absonderungsrechte durch Reichsrecht folgt schon aus dem Grundsatz: lex posterior derogat legi priori.

Nach dem Inkrafttreten der Konkursordnung sind neue Absonderungsrechte in der Gewerbeordnung und im Versicherungsvertragsgesetz aufgetaucht, die zum Teil wesentliche Züge mit den Absonderungsrechten der Konkursordnung gemeinsam haben, zum Teil aber sich wesentlich von diesen unterscheiden. Das Absonderungsrecht der Gewerbeordnung besteht zugunsten bestimmter Gläubiger einer Innung. Diese Gläubiger haben wegen ihrer Forderungen aus dem Betrieb einer Innungskrankenkasse oder aus der Errichtung eines gemeinschaftlichen Geschäftsbetriebes zur Förderung des Gewerbebetriebes der Innungsmitglieder „ein Recht auf gesonderte Befriedigung aus dem getrennt verwalteten Vermögen". Diese jetzt in § 85 Abs. 2 Satz 3 GO. enthaltene Vorschrift ist hervorgegangen aus dem früheren § 100c Abs. 1 GO., welcher durch das Abänderungsgesetz zur Gewerbeordnung von 1880 (RGBl. S. 233) erstmalig aufgenommen wurde. Es handelt sich hier um ein echtes Absonderungsrecht im technischen Sinne. Das kann angesichts des Wortlauts des § 85 GO. „gesonderte Befriedigung" nicht zweifelhaft sein. Hierüber herrscht auch kein Streit. 1) Dieses Sonderrecht besteht nicht nur im Konkurs, sondern auch außerhalb desselben 2) und weicht nur insoweit von den gewöhnlichen Absonderungsrechten ab, als es nicht einen einzelnen Gegenstand, sondern eine — allerdings festumgrenzte — Vermögensmasse umfaßt.

Das Absonderungsrecht des § 157 VVG. zeigt eine wesentliche Abweichung von dem der Gewerbeordnung. Seine Eigentümlichkeit besteht darin, daß diesem Recht außerhalb des Konkurses kein Recht entspricht. Kirchberger 3) nennt es daher das „Absonderungsrecht an sich". Der Bestimmung des § 157 VVG. zufolge hat der Haftpflichtgläubiger im Konkurs des Haftpflichtschuldners ein Recht auf abgesonderte Befriedigung aus der Entschädigungsforderung des Versicherungsnehmers gegen den Versicherer wegen seines ihm gegen den Versicherungsnehmer zustehenden Anspruchs. Dieses Absonde-

1) v. Landmann-Rohmer, § 85 Anm. 7. Meuret, LZ 1908 Sp. 901 ff.
2) Jaeger, § 47 Anm. 2.
3) ZHR. 68/196.

rungsrecht hat mit denen der Konkursordnung gemeinsam, daß es an einem bestimmten Gegenstand besteht; von diesem unterscheidet es sich aber grundsätzlich dadurch, daß Voraussetzung für seine Entstehung allein die Konkurseröffnung ist, ohne daß außerhalb des Konkurses ein Sicherungsrecht besteht, das im Konkurse zum Absonderungsrecht wird. Zu den vielen Streitfragen, zu denen der § 157 VVG. Anlaß gegeben hat, kann wesentlich Neues nicht mehr vorgebracht werden. 1) Eine Stellungnahme zu diesen Streitpunkten erübrigt sich auch im Rahmen dieser Arbeit. Soweit der § 157 VVG. hier von Interesse ist, nämlich hinsichtlich der Natur des Rechts, das er gewährt, so besteht Einmütigkeit darüber, daß es sich um ein Absonderungsrecht handelt. Es kann nicht angenommen werden, daß der Gesetzgeber unter dem Ausdruck „abgesonderte Befriedigung" etwas anderes verstanden hat, als das, was darunter allgemein verstanden wird. Aus der Schaffung des Absonderungsrechts ergibt sich mittelbar die Massezugehörigkeit der Entschädigungsforderung im Konkurse. Absonderungsrechte können nur an massezugehörigen Gegenständen bestehen (§ 4 KO.) Nicht beigepflichtet werden kann der Ansicht Meurets, 2) welcher in dem Fall des § 157 VVG. ein gesetzliches Pfandrecht des Entschädigungsberechtigten annimmt. Für eine solche Annahme bietet das Gesetz keine Stütze. Außerdem handelt es sich bei dem Absonderungsrecht nach § 157 VVG. keineswegs um das einzige Absonderungsrecht, dem außerhalb des Konkurses kein Recht entspricht. Die Konkursordnung stellt selbst solche Absonderungsrechte „an sich" auf, wie die Behandlung der Gemeinschaftsgenossen des § 51 KO. zeigt. Die Schwierigkeiten, die sich daraus ergeben, daß die abgesonderte Befriedigung nach § 4 Abs. 2 KO. außerhalb des Konkurses nach den dem Absonderungsrecht zugrundeliegenden materiellrechtlichen Vorschriften erfolgt, solche Vorschriften aber im Falle des § 157 VVG. mangels eines bestehenden Rechts nicht vorhanden sind, lassen sich auch ohne die Konstruktion eines Pfandrechts beheben. Da die Lage hier gewiß der eines Pfandrechts ähnlich ist, wird man unbedenklich die Vorschriften über die pfandmäßige Befriedigung entsprechend anwenden dürfen. Aus der analogen Anwendung des § 1282 BGB. ergibt sich dann die unmittelbare Einziehungsbefugnis des Haftpflichtgläubigers. 3) Diese Analogie hat den Vorteil, auf möglichst einfache Weise das zu verwirklichen, was dem Schutzzweck des § 157 VVG. entspricht, nämlich die Befriedigung des Haftpflichtgläubigers aus der Forderung.

---

1) s. darüber Jaeger, § 49 Anm. 12 mit Literaturangaben.
2) a. a. O.
3) Jaeger, § 49 Anm. 12; Mertzel § 49 Bem. 7; Seuffert, LZ. 1909 Sp. 107; Josef, Iher J. 56/181; RG. 93/212.

Ein zweites Absonderungsrecht des VGV., das des § 77, ist aus der Untersuchung bisher absichtlich fortgelassen. Die getrennte Untersuchung beider Fälle hat seinen Grund darin, daß im Falle des § 157 VVG. die Natur des Rechts als Absonderungsrecht absolut unstreitig ist, während über die des Rechts, das der § 77 VVG. gewährt, lebhafter Streit herrscht. § 77 VVG. gehört zu den Vorschriften über die Schadensversicherung für fremde Rechnung und regelt die Rechte des Versicherungsnehmers gegenüber dem Versicherten, seinen Gläubigern und seiner Konkursmasse. Für das Gebiet der Seeversicherung enthält der § 888 HGB. eine ganz ähnliche Vorschrift. Die Untersuchung soll sich daher gleichmäßig auf beide Fälle erstrecken. Bei der Versicherung für fremde Rechnung steht der Anspruch aus dem Versicherungsvertrage dem Versicherten zu; §§ 75 VVG., 886 HGB. Der Versicherungsanspruch gehört daher im Konkurs des Versicherungsnehmers nicht zur Masse. Besondere Vorschriften über die Rechte des Versicherten im Konkurse des Versicherungsnehmers haben das VVG. und HGB. nicht aufgestellt, da zur Klärung dieser Fragen die konkursrechtlichen Vorschriften ausreichen. Der Versicherte hat ein Aussonderungsrecht und im Falle der Einziehung zur Masse ein Ersatzaussonderungsrecht (§ 46 Satz 2 KO.). Die Stellung des Versicherten ist aber durch die Vorschriften der §§ 75, 78 VVG. und 887, 890 HGB. eingeschränkt. Eine weitere Beschränkung ergibt sich aus den §§ 77 VVG. und 888 HGB. Danach steht dem Versicherungsnehmer gegenüber dem Versicherten und seiner Konkursmasse ein Zurückbehaltungsrecht an der Police zu, bis er wegen der ihm gegen den Versicherten in bezug auf die versicherte Sache zustehenden Ansprüche befriedigt ist. Dieses Recht steht nach § 888 HGB. dem Versicherungsnehmer ausdrücklich auch gegen die Gläubiger des Versicherten zu. Bei § 77 VVG. fehlt eine solche Bestimmung. Sie gilt jedoch schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen auch hier. Darum hat man sie nach der Begründung zu § 77 VVG. 1) hier fortgelassen. Wegen dieser Ansprüche kann er sich nach Satz 2 des § 77 VVG. „aus der Entschädigungsforderung" gegen den Versicherer und nach der Einziehung der Forderung aus der Entschädigungssumme vor dem Versicherten und dessen Gläubigern befriedigen. Das gleiche Befriedigungsrecht gewährt der § 888 Satz 2 HGB. Die Natur dieser Rechte ist streitig.

Lennee 2) geht aus von einer Untersuchung des Zurückbehaltungsrechts und meint, es handele sich um ein besonderes Zurückbehaltungsrecht, auf das weder die Vorschriften des BGB. noch die des HGB. über Zurückbehaltungsrechte anwendbar seien. Da dem Versicherungs-

1) Begr. S. 92 der Anlage.
2) S. 191.

nehmer wegen derselben Ansprüche, wegen derer er das Zurückbehaltungsrecht habe, auch ein Befriedigungsrecht aus der Entschädigungsforderung bezw. dem eingezogenen Entschädigungserlöse habe, so nähere sich das Zurückbehaltungsrecht des Versicherungsnehmers in seinen Wirkungen doch stark dem kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht, obwohl der Versicherungsschein als solcher keinen in Betracht kommenden Vermögenswert besitze. Es habe daher seinen Platz zwischen den Zurückbehaltungsrechten der §§ 273 BGB. und 369 HGB. Von § 273 BGB. unterscheide es sich hinsichtlich der Sicherheitsleistung und Konnexität, von § 369 HGB. durch einen engeren Kreis von Forderungen. Das Zurückbehaltungsrecht stehe aber mit einem Befriedigungsrecht in engem Zusammenhange, ähnlich wie das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht nach § 371 HGB. Es sei wie dieses „zwar dem Pfandrecht ähnlich, aber doch kein dingliches Recht, sondern nur ein obligatorisches Recht auf Duldung der Befriedigung". Trotz dieser Verwandtschaft mit dem kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht zähle der Versicherungsnehmer doch nicht zu den Absonderungsberechtigten, da nach dem klaren Wortlaute des § 49 Ziff. 4 KO. für ein Absonderungsrecht nur die „nach dem Handelsgesetzbuch" gegebenen Zurückbehaltungsrechte in Frage kämen.

Fischer 1) geht, um das Vorzugsrecht zu erklären, von dem Fall aus, daß der Versicherungsnehmer den Schein noch in Besitz habe und die Entschädigungsforderung geltend mache. In diesem Falle mache der Versicherungsnehmer die Entschädigungsforderung im eigenen Namen geltend, wenn auch als eine dem Versicherten zustehende Forderung. Man könne höchstens sagen, daß dem Versicherungsnehmer die Forderung formell zustehe, materiell aber gehöre sie nicht zu seinem Vermögen. Das ändere sich, soweit ihm noch die in Frage stehenden Ansprüche gegen den Versicherten zuständen, da er sich insoweit aus der Forderung befriedigen könne. Das hieße nichts anderes, „als daß die Forderung insoweit ihm sachlich zustehe, daß sie als seine eigene Forderung behandelt werde". Das kaufmännische Befriedigungsrecht habe die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts zur Voraussetzung; das hier in Frage stehende Befriedigungsrecht habe seinen Grund darin, daß insoweit die Forderung als eigene des Versicherungsnehmers behandelt werde; es sei von dem Zurückbehaltungsrecht am Schein durchaus unabhängig.

Ritter 2) faßt das Recht als eine besondere Aufrechnungsbefugnis auf. Der Versicherungsnehmer könne, wenn er die Entschädigungsforderung einziehen oder verkaufen würde, sich wegen des konkurs-

1) S. 66, ff.
2) § 55 Anm. 14.

rechtlichen Aufrechnungsverbots nicht aus dem Erlöse befriedigen. Dieses Aufrechnungsverbot sei jedoch hier ausnahmsweise durchbrochen, das Gesetz gestatte hier die Aufrechnung. Dieser Auffassung hat sich Bruck 1) angeschlossen.

Die Gegner dieser auseinandergehenden, ein Absonderungsrecht verneinenden Auffassungen sind sich darüber einig, daß die §§ 77 VVG. und 888 HGB. dem Versicherungsnehmer ein Absonderungsrecht einräumen. So heißt es bei Kisch 2):

> „Soweit nun der Versicherungsnehmer die Möglichkeit selbständiger Einziehung besitzt, kann er die Entschädigungssumme von dem Versicherer beitreiben und sich aus derselben befriedigen. Der Konkursmasse braucht er nur ein Ueberschuß abzuliefern. Er hat also ein Recht zur Absonderung, jedenfalls der Sache nach."

Nach Kirchberger 3) nötigt der Wortlaut des Gesetzes, der dem Versicherungsnehmer ein Recht „aus" der Entschädigungsforderung, bezw. „aus" der Entschädigungssumme gewähre, zu der Annahme, daß der Versicherungsnehmer in eine dingliche Rechtsbeziehung zu der Versicherungsforderung trete. In der Tat handele es sich um ein neues eigenartiges Vorzugsrecht, das im Konkurse zum Absonderungsrecht werde.

Auch Jaeger 4) erkennt in dem Recht der §§ 77 VVG. und 888 HGB. ein Absonderungsrecht an. Er schließt dies aus der Art des Zurückbehaltungsrechts und behandelt es auch äußerlich schon mit den handelsrechtlichen Zurückbehaltungsrechten zusammen. Die Wirksamkeit des Absonderungsrechts sei dadurch außer Zweifel gestellt, daß die Befugnis, den Versicherungsschein zurückzubehalten, ausdrücklich auch gegenüber der Konkursmasse anerkannt sei. Ueberdies verleihe auch § 77 VVG. dem Versicherungsnehmer wegen der durch das Zurückbehaltungsrecht gedeckten Ansprüche ein positives Recht auf Vorzugsbefriedigung aus der Versicherungsforderung und nach deren Einziehung aus der Versicherungssumme. Nach dem Zusammenhange der beiden Sätze des § 77 VVG. solle auch dieses Recht auf Vorzugsbefriedigung innerhalb wie außerhalb des Konkurses bestehen. Nicht nur in Ansehung des Scheins, sondern zugleich in Ansehung der Versicherungsforderung bestehe das Absonderungsrecht des Versicherungsnehmers. Er habe eine eigene Verwertungsbefugnis, nämlich das Recht, sich mit Hilfe des Scheins aus der Versicherungsforderung vor dem Versicherten und dessen Gläubigern

1) S. 614 Anm. 67.
2) III S. 547.
3) ZHR. 68/178.
4) § 49 Anm. 46.

durch Einziehung zu befriedigen. Im Konkurse sei daher der Versicherungsnehmer berechtigt, das Absonderungsrecht selber zu verwirklichen. Im Ergebnis ebenso noch Mentzel 1).

Die Schwierigkeiten in der Behandlung der Rechte der §§ 77 VVG. und 888 HGB. sind eine Folge des unklaren Wortlauts. Einerseits deutet die Befriedigung „aus" der Forderung oder „aus" der Entschädigungssumme auf ein Absonderungsrecht hin, das auch ein Recht auf abgesonderte Befriedigung „aus" Gegenständen gewährt. Andererseits muß es auffallen, daß das Gesetz hier einen anderen Ausdruck wählt, als im § 157 VVG., in dem es ein Absonderungsrecht klar mit der hierfür üblichen Terminologie bezeichnet. Diese verschiedene Ausdrucksweise in demselben Gesetz spricht gegen ein Absonderungsrecht. Eine allgemeine Betrachtung kann aus diesem Zweifel nicht herausführen. Die Lösung dieser Schwierigkeiten kann nur eine Ermittelung des gesetzgeberischen Willens bringen.

Die Begründung zum Entwurf eines Versicherungsvertragsgesetzes 2) zu § 77 VVG. gibt allerdings einen unmittelbaren Anhaltspunkt nicht. Die Begründung zu § 77 VVG. nimmt jedoch auf § 888 HGB. Bezug, mit dem der § 77 VVG. eine sehr nahe Verwandtschaft hat. § 888 HGB. bringt für das Gebiet der Seeversicherung die nämlichen Rechtsgedanken zum Ausdruck wie § 77 VVG. für das Gebiet des Versicherungsvertragsgesetzes. Nach der Bezugnahme auf § 888 HGB. heißt es dort wörtlich:

> „Diese Vorschriften sind in den § 77 des Entwurfs übernommen. Zwar mag die Annahme nicht unberechtigt sein, daß die Rechtsprechung schon auf Grund der Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches und des Konkursrechts im wesentlichen zu den gleichen Ergebnissen gelangen würde. Zur Vermeidung von Zweifeln und um Uebereinstimmung mit dem Handelsgesetzbuche zu wahren, empfiehlt sich jedoch, die in Frage stehenden Befugnisse des Versicherungsnehmers ausdrücklich anzuerkennen. Was das Recht auf Zurückbehaltung des Versicherungsscheins betrifft, so beschränkt sich der Entwurf darauf, hervorzuheben, daß dieses Recht gegenüber dem Versicherten und der Konkursmasse besteht. Daß es außerhalb des Konkurses gegenüber den Gläubigern des Versicherten in der gleichen Weise geltend gemacht werden kann, wie gegenüber dem Versicherten, ergibt sich von selbst."

Aus dieser Begründung ergibt sich mit Klarheit, daß für den § 77 VVG. dieselben Erwägungen maßgebend waren, wie für den

1) § 49 Bem. 7a S. 309.
2) Begr.

§ 888 HGB.; handelt es sich doch nur, wie die Begründung hervorhebt, um eine Uebernahme der Vorschrift in das VVG. „zur Vermeidung von Zweifeln". Daß auch sachlich kein Unterschied zwischen beiden Bestimmungen sein soll, besagt die Begründung, indem sie darauf hinweist, daß schon die Rechtsprechung wohl zu den gleichen Ergebnissen gelangen werde. Das heißt aber nichts anderes, als daß das gleiche Ergebnis bezweckt wird. Unbedenklich darf daher zur Ermittelung des gesetzgeberischen Willens auch für § 77 VVG. auf die Entstehungsgeschichte des § 888 HGB. zurückgegriffen werden.

Die Bestimmung des § 888 HGB. ist weder eine Neuschöpfung der Novelle zum HGB. noch des HGB. selbst. Bereits das ADHGB. enthielt in Art. 893 die gleiche Vorschrift. Auf die Entstehungsgeschichte dieses Artikels muß näher eingegangen werden, denn, wie die Denkschrift zum Entwurf eines HGB. 1) hervorhebt, sind die Vorschriften über die Gefahren der Seeschiffahrt ohne sachliche Aenderungen übernommen. Auch aus den Beratungen im Plenum des Reichstags, so wie aus dem Kommissionsbericht 2), ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, daß der Bestimmung des § 888 HGB. andere Erwägungen zugrunde gelegen haben, als zum Art. 893 ADHGB. Die Enstehungsgeschichte dieses Art. 893 bietet der Auslegung ein wichtiges Hilfsmittel. In der Beratung zum Entwurf Zweiter Lesung wurde beantragt, den Art. 774 Erster Lesung zu ändern. Hier ist nur der 2. Absatz des Antrages von Bedeutung. Dieser lautete:

> „Solange der Nehmer noch im Besitz der Police sich befindet, ist er allein befugt, die Versicherungsgelder zu erheben und sich aus denselben wegen der Forderungen, welche ihm gegen den Versicherten zustehen, nach Maßgabe des Art. 351 (des Entwurfs Zweiter Lesung) zu befriedigen. Er hat dieses Recht auch gegenüber den übrigen Gläubigern und der Konkursmasse des Versicherten 3)."

Der in diesem Antrage in Bezug genommene Art. 351 (Zweiter Lesung) lautete:

> „Der Kommissionär hat an dem Kommissionsgute, sofern er dasselbe noch in seinem Gewahrsam hat, oder, insbesondere mittels der Konnossemente, Ladescheine, Lagerscheine noch in der Lage ist, darüber zu verfügen, ein Pfandrecht wegen der auf das Gut verwendeten Kosten, wegen der Provision, wegen der rücksichtlich des Gutes gegebenen Vorschüsse und Darlehen, wegen der rücksichtlich derselben gezeichneten Wechsel oder in anderer

1) Hahn-Mugdan, S. 428.
2) Sämtlich bei Hahn-Mugdan.
3) Lutz, Prot. VIII. Teil, S. 4435.

Weise eingegangenen Verbindlichkeiten, sowie wegen aller Forderungen laufender Rechnung in Kommissionsgeschäften. Der Kommissionär kann sich für vorstehend erwähnte Ansprüche aus den durch das Kommissionsgeschäft begründeten und noch ausstehenden Forderungen vorzugsweise vor dem Kommittenten und dessen Gläubigern befriedigen 1)."

Der Antrag fand in der oben erwähnten Fassung die Billigung der Kommission. Aus dieser Bestimmung ist der Art. § 893 ADHGB hervorgegangen. Damit ist die ursprüngliche Auffassung der Kommission, den Versicherungsnehmer wie einen Kommissionär zu behandeln, erwiesen. Der Kommissionär hatte schon damals ein Pfandrecht und damit ein Absonderungsrecht. Nun ist allerdings die Bezugnahme auf die Bestimmungen über den Kommissionär nicht geblieben, insbesondere hat der Versicherungsnehmer heute kein Pfandrecht. Dafür hat er aber das Zurückbehaltungsrecht, das ihn nach der Ansicht der Kommission zur Befriedigung wie einen Kommissionär berechtigen sollte. Sachlich ist also durch den Wegfall der Bezugnahme nichts geändert, denn Grundlage für eine Gleichbehandlung mit dem Kommissionär war der Besitz der Police. Das Zurückbehaltungsrecht war es gerade, was die Kommission dazu veranlaßte, auszusprechen, der Versicherungsnehmer solle sich wie ein Kommissionär befriedigen dürfen, denn aus der Wendung „nach Maßgabe des Art. 351" kann nicht gefolgert werden, daß der Versicherungsnehmer ein Pfandrecht haben sollte. Unter diesen Umständen muß auch für das heute geltende Recht daran festgehalten werden, daß das Zurückbehaltungsrecht des § 888 HGB. ein solches ist, das nach § 49 Ziff. 4 KO. ein Recht auf abgesonderte Forderung Befriedigung gewährt, wenn es auch nicht mit dem kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht identisch ist. Da endlich, wie bereits hervorgehoben, der § 77 VVG. keinen anderen Gedanken als der § 888 HGB. zum Ausdruck bringt, gewährt auch diese Vorschrift ein Absonderungsrecht.

Es gilt jetzt noch ein Bedenken Lennees zu beseitigen. Lennee 2) hat dem Versicherungsnehmer im Konkurs des Versicherten das Absonderungsrecht deshalb versagt, weil nach dem klaren Wortlaut des § 49 Ziff. 4 KO. ein Absonderungsrecht nur für die „nach dem Handelsgesetzbuch" gegebenen Zurückbehaltungsrechte in Frage komme. Diese Begründung ist unzutreffend und wird auch von Lennee nicht konsequent durchgeführt. Lennee selbst hat die beiden Fälle der §§ 77 VVG. und 888 HGB. immer nebeneinander behandelt. Auch dort, wo er über die Rechtslage im Konkurse des Versicherten spricht, hat er beide

1) Lutz Prot. III Beil. Bd. S. 269.
2) S. 198.

Fälle im Auge, denn eine Einschränkung auf den Fall des § 77 VVG. hat er nicht vorgenommen. Somit ergibt sich die Eigentümlichkeit, daß Lennee dem § 888 HGB. das Absonderungsrecht versagt, weil es kein Zurückbehaltungsrecht „nach dem Handelsgesetzbuche" enthalte. Das geht aber fehl, denn § 888 HGB. steht im Handelsgesetzbuche und ist damit ein „Zurückbehaltungsrecht nach dem Handelsgesetzbuche". Mit dieser Begründung hätte Lennee also höchstens den § 77 VVG. das Absonderungsrecht versagen können. Diese Konsequenz hat er aber nicht gezogen. Der Grund kann nur der sein, daß ihm eine verschiedene Behandlung dieser beiden Paragraphen wegen ihrer engen Verwandtschaft nicht möglich erschien. Eine verschiedene Behandlung ist auch in der Tat bei zwei Bestimmungen, die im Wortlaut fast in der Entstehungsgeschichte völlig übereinstimmen, nicht möglich. Zwei Bestimmungen, die so offenbar den gleichen Zweck verfolgen, deshalb einer grundsätzlich verschiedenen Behandlung zu unterwerfen, weil die eine Bestimmung ihren Platz im HGB., die andere im VVG. gefunden hat, ist nicht angebracht.

Als Ergebnis der Untersuchung ist daher festzustellen, daß die §§ 77 VVG. und 888 HGB. ein Absonderungsrecht enthalten. Dieses Absonderungsrecht ist einzureihen bei den Absonderungsrechten des § 49 Ziff. 4 KO. Mit diesen zeigt es wegen des Zurückbehaltungsrechts am Versicherungsschein eine engere Verwandtschaft als mit § 157 VVG., dem außerhalb des Konkurses überhaupt kein Recht entspricht.

D. § 8: Ergebnis.

Die Begriffe Konkursgläubiger und Absonderungsberechtigter sind damit klargestellt und ihrem Umfange nach abgegrenzt. Da sie die tragenden Säulen der Ausfallhaftung bilden, ist auch das Anwendungsgebiet des § 64 KO. bestimmt. Dem Ausfallprinzip unterliegt nur ein absonderungsberechtigter Konkursgläubiger. Beide Voraussetzungen, Absonderungsberechtigung und Konkursgläubigereigenschaft, müssen danach erfüllt sein. In allen Fällen, wo nur eines der beiden Merkmale vorliegt, versagt das Prinzip. Die Voraussetzung der Konkursgläubigereigenschaft fehlt in den Fällen, in denen entweder die Forderungen sich nicht gegen den Gemeinschuldner richten, oder in denen ihnen die konkursmäßige Befriedigung versagt ist. Das letztere trifft zu bei allen Naturalobligationen, sowie den Freigebigkeiten und Geldstrafen, ferner bei den über die Konkursforderung hinausgehobenen Ansprüchen der vorgemerkten Gläubiger und Massegläubiger. In den Fällen der Naturalobligationen mit stärkerer Wirkung ist das Prinzip der Ausfallhaftung auch schon deshalb undenkbar, weil eine Sicherung derartiger Ansprüche durch Pfandrechte

und dergleichen nicht möglich ist, ihretwegen also niemals ein Absonderungsrecht bestehen kann.

Liegt dagegen eine Konkursforderung vor, fehlt es aber an einem Absonderungsrecht, so kann § 64 KO. ebenfalls nicht zur Anwendung gelangen, da die zweite Voraussetzung fehlt. Dies trifft nur in einem einzigen Falle zu, nämlich dann, wenn der Gegenstand, an dem ein Sicherungsrecht besteht, massefremd ist. Gleichgültig ist es dabei, ob der massefremde belastete Gegenstand dem Gemeinschuldner als konkursfreies Vermögen oder einem Dritten gehört. Um einen Fall der letztgenannten Art handelt es sich in der Untersuchung bei Kisch 1). Hier hat ein Schuldner seinem Gläubiger Wertpapiere verpfändet und diesem weiter die Befugnis eingeräumt, darüber im eigenen Namen zu verfügen. Wenn nun der Gläubiger von diesem Recht Gebrauch macht, und seinerseits einem seiner Gläubiger diese Wertpapiere weiterverpfändet, oder auch zur Sicherung überträgt, dann bilden im Konkurs des Erstpfandgläubigers die Wertpapiere einen massefremden Bestandteil 2). Das Eigentum ist im Falle einer Weiterverpfändung durch den Gemeinschuldner seinem Schuldner verblieben, weil durch die Verpfändungen das Eigentum selbst nicht berührt wird. Aber auch bei einer Sicherungsübereignung ist das Ergebnis kein anderes. Zwar ist hier das Eigentum auf den Sicherungsnehmer übergegangen, dieses Eigentum stammt aber nicht aus dem Vermögen des Gemeinschuldners, der durch den Uebertragungsakt nicht zuerst selbst Eigentum erworben hat, sondern aus dem des Schuldners des Gemeinschuldners. Die Rechtsstellung des Sicherungsnehmers ist daher, so weit das Sicherungseigentum ein Absonderungsrecht gewährt, nicht in ihrer Beziehung zum Gemeinschuldner, sondern zu der Person des Schuldners des Gemeinschuldners zu beurteilen. Das heißt aber, um mit den für die Sicherungsübereignung geschaffenen Begriffen der formell-juristischen und materiell-wirtschaftlichen Vermögenszugehörigkeit zu sprechen, formell-juristisch gehört der Gegenstand zum Vermögen des Sicherungsnehmers, materiell-wirtschaftlich dagegen zu dem des Schuldners des Gemeinschuldners. Der Person des Gemeinschuldners steht weder das formell-juristische noch das materiell-wirtschaftliche Eigentum zu. Lediglich insoweit ist er an den Rechtsbeziehungen beteiligt, als diese Rechtslage durch seinen den Umständen nach wirksamen Willensakt herbeigeführt worden ist. Nur wenn der Gemeinschuldner seine persönliche Forderung gegen seinen Schuldner seinerseits verpfändet oder als Sicherung übertragen hätte, würde ein Bestandteil der Masse dem Gläubiger als Sicherheit dienen

1) Jud. 1933 Sp. 321 ff.
2) JW. 1887/328 Nr. 6.

und sich auch auf das Pfandrecht des Gemeinschuldners mit erstrecken. In diesem Falle würde also ein Absonderungsrecht entstanden sein. Da dies aber gerade nicht geschehen ist, besteht das Sicherungsrecht an einem massefremden Gegenstand. 1).

Nicht zur Konkursmasse gehören Gegenstände, in Ansehung deren der Gemeinschuldner mit anderen Personen in Rechtsgemeinschaft steht. In diesen Fällen gehört nur die beschlagsfähige Mitberechtigung, die Anwartschaft, zur Masse. 2). Die Auseinandersetzung erfolgt außerhalb des Konkurses, und der hierbei ermittelte Reinanteil fällt endgültig in die Masse. In derartigen Fällen ist daher § 64 KO. nicht anwendbar. 3). Handelt es sich allerdings um eine Rechtsgemeinschaft nach Bruchteilen, dann fällt der Bruchteil in die Masse, und § 64 KO. ist im Verhältnis der Bruchteile zueinander anwendbar 4).

Der Rechtsgrund der Belastung, darüber sind sich Rechtsprechung und Lehre einig 5), spielt keine Rolle. Allein entscheidend ist die objektive Massezugehörigkeit. So macht es keinen Unterschied, ob die Belastung des Massegegenstandes durch den Gemeinschuldner selbst oder mit seiner Zustimmung durch einen Dritten, oder ohne seine Zustimmung, aber auf Grund gutgläubigen Erwerbs wirksam durch einen Dritten vorgenommen ist. Das Prinzip ist also klar. Es soll nicht ein Gläubiger, der außerhalb des Konkurses nur einmal, wenn auch auf mehrfache Weise, Befriedigung verlangen kann, im Konkurse doppelte Berücksichtigung erfahren, indem er einmal der Masse ein Befriedigungsobjekt entzieht und es für sich verwertet und außerdem noch mit den anderen Gläubigern wegen seiner persönlichen Forderung in ganzer Höhe konkurriert. Seinen Zweck, Schutz der nur persönlichen Gläubiger vor Doppelberücksichtigung einzelner Gläubiger aus der Masse, erreicht das Gesetz durch die Ausfallhaftung, die die persönliche Haftung des Gemeinschuldners gegenüber den Absonderungsberechtigten in die zweite Reihe drängt und sie damit zur subsidiären macht.

Das Reichsgericht 6) und mit ihm die herrschende Lehre 7) stehen auf dem Standpunkt, daß die Voraussetzungen des § 64 KO. zur Begründung seiner Anwendbarkeit zur Zeit der Konkurseröffnung

1) Kisch, Jud. S. 321 ff. II.
2) Jaeger, § 16 Anm. 8.
3) RG. 74/231; 8/102; für das Recht vor Einführung des heutigen § 2 KO.
4) Jaeger, § 64, Anm. 3a, Wolff, § 64 Bem. 4; S. 311.
5) RG. 59/368; 91/15; Jaeger, § 64, Anm. 3a; Mentzel, § 64, Bem. 2b; a. A.: Hanke, DJZ. 1902/367.
6) RG. 59/367 ff.
7) Jaeger, § 64, Anm. 3b; Mentzel § 64, Bem. 2b; Bleyer, § 64, Bem. 1b.

vorhanden sein müssen. Nachträglich soll eine Ausfallhaftung nicht mehr herbeigeführt werden können. Am 19. 12. 1904 (39,367 ff.) stand ein Fall zur Entscheidung des Reichsgerichts, in dem der erkennende Senat sich eindeutig zu dieser Ansicht bekannt hat. Der Entscheidung lag etwa folgender Sachverhalt zugrunde:

> Der Gemeinschuldner hatte vor Konkurseröffnung einer Gläubigerin Wertpapiere seines Bruders ohne dessen Zustimmung verpfändet. Die Gläubigerin meldete ihre ganze Forderung im Konkurse an, der Bruder des Gemeinschuldners wegen der unerlaubten Verpfändung eine Schadensersatzforderung. Während des Verfahrens erwarb der Konkursverwalter das Eigentum an den Wertpapieren von dem Bruder des Gemeinschuldners zur Masse.

In Uebereinstimmung mit der Berufungsinstanz hat das Reichsgericht die Anwendbarkeit des § 64 KO. verneint.

Diesem Ergebnis widerspricht nur Wolff 1). Er weist darauf hin, daß durch den Erwerb des Gegenstandes zur Masse der Forderung des Gläubigers durch Aufwendungen von Aktivmitteln der Masse nur eine anderweite Befriedigung aus derselben Konkursmasse zu Gebote gestellt werde.

Auch m. E. läßt sich mit den Gründen des Reichsgerichts die Entscheidung nicht rechtfertigen.

Drei Sätze tragen die Entscheidung.

> „Grundsätzlich ist für die Rechtsstellung des Konkursgläubigers der Zeitpunkt der Konkurseröffnung maßgebend 2)."

Zur Begründung dieses Satzes beruft das R. G. sich auf die Begründung des Entwurfs zu § 12 KO. (jetzt § 15 KO.). Dieser Satz, dessen Richtigkeit übrigens von Jaeger 3) bestritten wird, will selbst nur den Regelfall treffen („grundsätzlich"), Ausnahmen nicht von der Hand weisen. Auf eine derartige Ausnahme in der Konkursordnung selbst sei hier hingewiesen. Sie ergibt sich aus § 212 KO. Laufen im § 212 KO. Privatkonkurs und Gesellschaftskonkurs nebeneinander her, so gilt das Prinzip der Ausfallhaftung. Daß beide Konkurse nicht gleichzeitig eröffnet zu sein brauchen,, steht außer Streit 4). Wird nun über das Privatvermögen eines Gesellschafters zuerst der Konkurs eröffnet, so kann der Gesellschaftsgläubiger seine ganze Forderung uneingeschränkt verfolgen. Wird aber später über das Gesellschaftsvermögen der Konkurs eröffnet, so greift § 212 KO. ein. Der Gläubiger kann im Privatkonkurse nur noch Dividende von dem im Gesellschaftskonkurse erlittenen Ausfall verlangen. Solange der Ausfall im Ge-

1) § 64, Bem. 4a.
2) RG. 59, 368/69.
3) § 68, Anm. 1.
4) Jaeger, § 212, Anm. 5; Mentzel, § 212, Bem. 2; Wolff, § 212, Bem. 1.

sellschaftskonkurse nicht feststeht, wird die Dividende der ganzen Forderung von dem Konkursverwalter über das Privatvermögen auch über die Beendigung des Privatkonkurses hinaus zurückbehalten; ausgezahlt wird dem Gläubiger aber stets nur die Dividende des Ausfalls im Gesellschaftskonkurse. Hier handelt es sich also um einen Fall, in welchem eine ursprünglich vollberechtigte Forderung nachträglich in eine Ausfallforderung umgewandelt wird. Ferner betrifft die Feststellung des Reichsgerichts nur das Verhältnis der Konkursgläubiger zu der im Zeitpunkt der Konkurseröffnung vorhandenen Konkursmasse. Ausgeschlossen ist es demnach nicht, daß, wenn die z. Zt. der Konkurseröffnung vorhandene Konkursmasse sich in ihrem Bestande ändert, hierdurch auch das Verhältnis der Konkursgläubiger zu dieser veränderten Konkursmasse ein anderes wird. Eine Aenderung der Konkursmasse im Interesse der Gläubiger kann aber dem Konkursverwalter auf Grund seines Verwaltungsrechts nicht verwehrt sein 1).

Unter Bezugnahme auf die Motive zu § 15 KO. heißt es in der Entscheidung dann weiter, daß

> „eine Veränderung der Lage des einen Gläubigers zum Nachteile der anderen Gläubiger unstatthaft ist."

Unzulässig ist es also nach der Ansicht des RG. 2) gemäß § 15 KO., die anderen Gläubiger dadurch zu benachteiligen, daß man einem persönlichen Gläubiger eine Aenderung seiner Lage durch nachträglichen Erwerb eines zur abgesonderten Befriedigung berechtigenden Rechts gestattet.

Dazu ist zu sagen, daß § 15 KO. auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar ist. Nach dieser Vorschrift ist der nachträgliche Erwerb von Rechten an den zur bisherigen Konkursmasse gehörenden Gegenständen nicht zulässig. Das Pfandrecht besteht aber an einem zur bisherigen Konkursmasse neu hinzutretenden Gegenstand. Es wird an diesem auch nicht nachträglich erworben. Vielmehr gelangt der Gegenstand sofort mit dem Pfandrecht belastet in die Konkursmasse. Die Wirkung von Pfandrechten an massezugehörigen Gegenständen besteht aber gerade darin, daß es sich als Recht auf abgesonderte Befriedigung äußert.

> „Jenem Grundsatz entspricht es auf der anderen Seite nicht minder, daß das einmal mit der Konkurseröffnung begründete Recht des Konkursgläubigers auf anteilsmäßige Befriedigung nicht durch eine spätere Veränderung zum Vorteil der übrigen Gläubiger beeinträchtigt werden darf."

1) RG. 29/80 ff.
2) a. a. O. S. 369.

Damit zieht das Reichsgericht für den vorliegenden Fall aus dem Grundgedanken des § 15 KO. den Umkehrschluß. Wie die Bevorzugung eines Gläubigers durch Erwerb von Absonderungsrechten zum Nachteil der anderen Gläubiger unzulässig sei, soll es umgekehrt nach § 15 KO. auch unzulässig sein, die anderen Konkursgläubiger dadurch zu bevorzugen, daß nachträglich ein Absonderungsrecht an einem neuerworbenen Gegenstand anerkannt werde, und dieser Gläubiger dadurch anstelle seiner früher vollberechtigten Konkursforderung in die nachteilige Stellung eines Ausfallgläubigers gedrängt werde. Eine solche Beeinträchtigung des einzelnen Gläubigers zum Vorteil der übrigen erblickt das Reichsgericht in der „rückwirkenden" Anerkennung des Absonderungsrechts.

Von einer „Rückwirkung" des Absonderungsrechts kann aber nicht gesprochen werden, denn über den Zeitpunkt zurück, in welchem der Gegenstand in die Masse tritt, wirkt das Absonderungsrecht nicht. Für die Annahme einer Rückwirkung fehlt aber auch der Grund, da eine Aenderung der Lage des Konkursgläubigers nicht ausgeschlossen ist. Die anderen Gläubiger erlangen zudem durch die Anerkennug des Absonderungsrechts keinen Vorteil. Verzichtet der Absonderungsberechtigte auf sein Vorzugsrecht, so ist die Rechtslage unverändert. Macht er davan Gebrauch, so erhalten zwar die anderen Gläubiger an der bisherigen Masse eine höhere Quote, weil der Absonderungsberechtigte an dieser nur mit dem Ausfall beteiligt ist. Dafür entgeht ihnen aber der Absonderungsgegenstand selbst, der die Konkursmasse vergrößern würde, wenn er nicht dem Absonderungsberechtigten allein zur Verfügung stünde. Aber auch der Absonderungsberechtigte erleidet konkursrechtlich keinen Nachteil. Ursprünglich hatte er eine vollberechtigte Forderung. Diese Stellung behält er, wenn er auf sein Absonderungsrecht verzichtet. Macht er dagegen von seinem Absonderungsrecht Gebrauch, so hat er zunächst den Vorteil, in Höhe des Erlöses voll befriedigt zu werden. Daneben hat er die Möglichkeit, in Höhe des Ausfalls noch die Konkursquote zu verlangen. Auf diese Weise erhält er mehr, jedenfalls aber nicht weniger als die übrigen Konkursgläubiger. Daß der Konkursgläubiger unter Umständen eine weiter gehende Befriedigung erhalten haben würde, wenn der Gegenstand von der Masse nicht erworben wäre, ist keine konkursrechtliche Schlechterstellung. Der Vorteil, den er dadurch einbüßt, war eine Folge der Haftung zweier völlig selbständiger Vermögensmassen. Jedenfalls kann dieser Interessennachteil nicht den Eintritt der vom Gesetz gewollten Folgen bei Zusammentreffen von persönlicher und sachlicher Haftung in der Person desselben Vermögensträgers verhindern.

Jaeger 1) gelangt mit einer anderen Begründung als das Reichsgericht zu demselben Ergebnis. Er verneint zunächst einen allgemeinen Rechtssatz des Inhalts, daß für die Teilnahme eines Gläubigers am Konkursverfahren endgültig die Höhe seiner Forderung z. Zt. des Konkursbeginns maßgebend wäre 2). Dies sei vielmehr nur der Fall in dem § 68 KO., bei der Gesamthaftung im Konkurse. Diese Vorschrift, die zwar nur den Fall mehrerer persönlicher Mitverpflichteter regele, sei aber entsprechend anwendbar auch auf den Fall, daß nur der eine Schuldner persönlich, der andere nur dinglich hafte. Auf diesem Umwege gelangt Jaeger zu dem Ergebnis, daß doch die Forderungshöhe bei Konkursbeginn maßgebend bleibe, wofür er einen allgemeinen Rechtssatz gerade verneint 3).

Für die Rechtslage eines Auseinanderfallens von persönlicher Haftung und sachlicher Verstrickung hat das Gesetz für den Konkurs keine Norm aufgestellt, wohl aber in § 68 KO. für den Fall des Nebeneinanderbestehens mehrerer persönlicher Haftungen. Da es sich in dem ersten Fall auch um zwei verschiedene Haftungen handelt, kann die Vorschrift des § 68 KO. entsprechend angewandt werden, um die sich aus der fehlenden gesetzlichen Regelung ergebende Lücke zu schließen. Die Analogie muß aber in dem Augenblick versagen, in welchem das Gesetz eine Sonderregelung schafft. Diese Sonderregelung trifft das Gesetz aber in dem § 64 KO. für den Fall des Zusammentreffens von „persönlicher" und „sachlicher" Haftung. Haftet ein Gemeinschuldner persönlich und eine Sache des Gemeinschuldners als Sicherheit für die Schuld, so liegen die Voraussetzungen des § 64 KO. vor. Eine Unterscheidung nach verschiedenen Erwerbszeitpunkten der verstrickten Sache läßt sich aus dem Gesetz nicht herleiten. Der Tatbestand des § 64 KO. ist danach direkt auch dann erfüllt, wenn der Gegenstand nachträglich in die Masse fällt. Wollte man aber in diesem Falle die Anwendbarkeit des § 64 verneinen, weil aus der entsprechenedn Anwendung des § 68 KO. auf persönliche und dingliche Haftung zur Zeit des Auseinanderfallens beider Haftungen die Beteiligungshöhe endgültig festliege, so würde das die Vernachlässigung einer für einen bestimmten Sachverhalt geschaffenen ges. Bestimmung zugunsten einer entsprechenden Anwendung der für einen ganz anderen Sachverhalt gegebenen ges. Vorschrift bedeuten. Die entsprechende Anwendung des § 68 KO. auf das Auseinanderfallen von persönlicher Haftung und Sachhaftung kann danach die direkte Anwendung des § 64 KO. für den Fall der Vereinigung

1) § 64 Anm. 3; § 68 Anm. 2a.
2) Jaeger, § 68, Anm. 1.
3) Jaeger, § 64 Anm. 3; § 68 Anm. 2a; LZ. 1919/1055 ff.; Seuff. BlRA. 73/714; dagegen LZ. 1908/89.

beider Haftungen in der Person des Gemeinschuldners nicht verhindern.

Die Richtigkeit dieses Ergebnisses ergibt sich aus dem Grundgedanken des § 64 KO.

Kisch 1) hat dargelegt, daß der Grundgedanke des § 64 KO. nicht der sei, daß auf die Konkursquote des Ausfalls beschränkt sein solle, wer durch den Erwerb eines Befriedigungsrechtes die (nachmalige) Konkursmasse vermindert habe. 2) Vielmehr sei es der Grundgedanke des § 64 KO., auf die Konkursquote des Ausfalls denjenigen zu beschränken, der durch die Ausübung seines Befriedigungsrechtes die (gegenwärtige) Konkursmasse vermindere. Es solle nicht im Konkurs jemand, der sich aus einem Gegenstand der Masse gesondert befriedigen könne, gleichzeitig die Konkursquote seiner vollen Forderung beanspruchen können, wobei es übrigens gleichgültig sei, unter welchen Umständen das Befriedigungsrecht erworben sei. Zur Begründung dieser Ansicht nimmt er Bezug auf den Inhalt des § 64 KO. Der Absonderungsberechtigte könne nach § 64 KO. konkursmäßige Befriedigung seiner ganzen Forderung verlangen, wenn er auf abgesonderte Befriedigung verzichte. Dies habe bei einem Befriedigungsrecht an einem Massegegenstand einen guten Sinn, weil durch solchen Verzicht der von der Belastung freigegebene Gegenstand nunmehr zur konkursmäßigen Befriedigung sämtlicher Gläubiger dienstbar gemacht werden könne. Auch die Entstehungsgeschichte des § 64 KO. spreche für diesen Grundgedanken. Besonders kennzeichnend sind nach seiner Ansicht folgende Sätze der Begründung zu § 57 KO. (jetzt § 64 KO.) 3).

> „Der ohnehin gesicherte Absonderungsgläubiger wird zum Nachteil der ohnehin benachteiligten Konkursgläubiger, also doppelt, bevorzugt. Mit Strenge wahrt ihm der Entwurf die unbeschränkte Ausübung des Absonderungsrechts. Mit derselben Strenge aber muß er auch in Ausübung seiner Rechte als Konkursgläubiger behandelt werden. Die Konkursmasse dient zur gemeinschaftlichen Befriedigung der Gläubiger für solche Forderungen, für welche sie nur gemeinschaftliche Befriedigung aus dem Vermögen des Gemeinschuldners beanspruchen können."

Alle Ausführungen der Begründung ließen, wie Kisch fortfährt, erkennen, daß es nur darauf ankommen könne, wie die Ausübung des Befriedigungsrechts auf die gegenwärtige Konkursmasse wirke.

1) Jud. 1933 Sp. 327 ff.
2) So Jaeger, § 64 Anm. 9.
3) S. 274, bei Hahn S. 255.

Diese Ausführungen sind so überzeugend, daß dem nichts mehr hinzugefügt zu werden braucht. Kisch geht bei der Untersuchung allerdings von einem ganz anderen Tatbestand aus, trotzdem sind seine Ausführungen zu diesem Punkt von ganz allgemeiner Natur und haben Bedeutung über den Rahmen des von ihm untersuchten Falles hinaus. Die Anwendung dieses Grundgedankens des § 64 KO. auf den vorhin behandelten vom Reichsgericht entschiedenen Fall erhellt die Richtigkeit der gegen das Reichsgericht und die herrschende Lehre vertretenen Ansicht. Das Befriedigungsrecht besteht an einem Gegenstand der Masse. Auf den Zeitpunkt des Erwerbs kommt es nicht an. Durch Ausübung des Befriedigungsrechts entzieht der Gläubiger der Masse ein Befriedigungsobjekt, das sonst der Befriedigung der nur persönlichen Gläubiger dienstbar gemacht werden könnte. Es liegt also ganz genau derjenige Sachverhalt vor, den der § 64 KO. seinem Grundgedanken nach der Ausfallhaftung unterwerfen will. § 64 KO. muß also auch Anwendung finden, wenn der Gegenstand des Befriedigungsrechts nach Konkurseröffnung in die Masse fließt. Zusammenfassend ist auf Grund dieses Ergebnisses festzustellen, daß es für die Ausfallhaftung nicht entscheidend auf das Zusammentreffen von Konkursgläubigereigenschaft und Absonderungsrecht z. Zt. der Konkurseröffnung, sondern auf ihr Zusammentreffen bei der Ausübung ankommt.

Eine andere Möglichkeit, nachträglich eine Ausfallhaftung herbeizuführen, als durch den Erwerb eines massefremden, für eine Verbindlichkeit des Gemeinschuldners haftenden Gegenstandes zur Masse besteht nicht. Zwar ist der Fall denkbar, daß der Gemeinschuldner vor Konkurseröffnung für die Schuld eines Dritten einen jetzt zur Masse gehörenden Gegenstand belastet hatte, und der Konkursverwalter die Schuld für die Masse übernimmt; doch wird dadurch keine Ausfallhaftung begründet. Allerdings treffen jetzt Forderung und Absonderungsrecht zusammen; die Forderung wird aber keine Konkursforderung, sondern eine Masseverbindlichkeit 1) gemäß § 59 Ziff. 1 KO. Für Masseverbindlichkeiten gilt aber bei Bestehen von Absonderungsrechten der Ausfallgrundsatz nicht 2), weil die Voraussetzung der Konkursforderung fehlt. Der Fall ist ohnehin nur von mehr theoretischer Bedeutung. Wäre dem Verwalter an sich die Möglichkeit gegeben, den Kreis der Konkursgläubiger zu erweitern und diese auch noch in die Stellung von Ausfallgläubigern zu drängen, dann würde sich darauf kaum ein Gläubiger einlassen, jedenfalls nicht im Sinne einer befreienden Schuldübernahme.

---

1) Jaeger, § 58 Anm. 1; s. auch ZBlFG. 11/591.
2) Mentzel, § 57 Bem. 3, S. 334.

Entfallen dagegen die z. Zt. der Konkurseröffnung bestehenden Voraussetzungen des § 64 KO. nachträglich, dann entfällt damit auch seine Anwendbarkeit. Nach dem Zweck des § 64 KO. soll eine Ausfallhaftung nur dann Platz greifen, wenn zwei Befriedigungsrechte mit Bezug auf die Masse konkurrieren. Diese Voraussetzung fehlt insbesondere dann, wenn der Gegenstand des Absonderungsrechts nachträglich die Massezugehörigkeit einbüßt. Dies kann geschehen durch Untergang der Sache, durch Veräußerung durch den Verwalter oder durch Freigabe. Ist der Absonderungsgegenstand untergegangen, dann besteht nur noch die persönliche Forderung gegen den Gemeinschuldner, die Konkurrenz mehrerer Befriedigungsrechte ist beseitigt. Der Untergang wirkt insofern ganz wie Ausfall oder Verzicht 1). Eine Veräußerung, die die Schranke des § 64 KO. aufhebt, liegt nur vor, wenn es sich nicht um eine Verwertung im Wege der Zwangsvollstreckung oder des Pfandverkaufs handelt, denn in diesen Fällen besteht das Recht auf abgesonderte Befriedigung an dem Erlös 2). Was schließlich noch die Freigabe des Absonderungsgegenstandes durch den Verwalter betrifft, so steht die herrschende Lehre auf dem Standpunkt, daß dadurch der § 64 KO. nicht aufhöre, maßgebend zu bleiben, weil sonst, wie Jaeger 3) meint, der Schutzzweck des § 64 KO. ins Gegenteil umschlagen würde, und die Freigabe gerade für den Hauptfall der Ueberlastung im Erfolge vereitelt werde.

Dem kann nicht beigetreten werden. Der Zweck des § 64 KO. ist unzweifelhaft die Zurückdrängung der persönlichen Forderung bei Konkurrenz zweier Befriedigungsrechte mit Bezug auf die Masse. Diese Konkurrenz ist mit der Freigabe des Gegenstandes beseitigt, da von dem Zeitpunkt an der Gegenstand aus der Masse ausscheidet und nunmehr zum konkursfreien Vermögen des Gemeinschuldners gehört und damit wieder seiner alleinigen Verfügungsmacht untersteht. Es kann hierbei das Motiv, aus welchem der Konkursverwalter den Gegenstand freigibt, keine Rolle spielen, da Motive nicht geeignet sind, den Eintritt der gesetzlichen Rechtsfolgen zu verhindern. Diese gesetzliche Rechtsfolge des Ausscheidens aus der Masse ist die Beseitigung der Ausfallhaftung. Wie der Konkursverwalter den Eintritt der Ausfallhaftung durch Herbeiführung der gesetzlichen Voraussetzungen zugunsten des Konkursgläubigers durch Erwerb des Gegenstandes zur Masse erreichen kann, kann er durch Beseitigung dieser Voraussetzungen die daran geknüpfte Wirkung nicht verhindern. Er wird daher im Einzelfall genau zu prüfen haben, was für die Masse vorteilhafter ist, die Freigabe mit der Folge einer Vollberücksichtigung

1) Jaeger, § 64 Anm. 18.
2) s. hierzu Bleyer, § 127 Bem. 1; Endemann, § 61a IV, B. S. 374.
3) § 64 Anm. 3 und 4.

des Gläubigers oder die Verwertung für die Masse unter Aufrechterhaltung der Ausfallhaftung.

2. Kapitel: Entsprechende Anwendung des § 64 KO.

A. § 9: Gesetzlich geregelte Fälle.

I. Durch die Konkursordnung vorgeschriebene entsprechende Anwendung.

Die Darstellung des Anwendungsgebietes des § 64 KO. kann solange nicht vollständig sein, als nicht auch auf die Fälle der entsprechenden Anwendung hingewiesen ist. Aufgabe des zweiten Kapitels wird daher die Untersuchung derjenigen Tatbestände sein, in denen das Prinzip der Ausfallhaftung durch vorgeschriebene entsprechende Anwendung des § 64 KO. zur Geltung kommt oder seinem Grundgedanken nach zur Geltung kommen muß.

Die Konkursordnung selbst schreibt in drei Fällen die entsprechende Anwendung des § 64 KO. vor.

Nach dem bereits in anderer Beziehung erwähnten § 212 KO. können Gesellschaftsgläubiger im Konkurse über das Privatvermögen eines persönlich haftenden Gesellschafters, wenn das Konkursverfahren über das Gesellschaftsvermögen eröffnet ist, Befriedigung aus der Konkursmasse des persönlich haftenden Gesellschafters nur wegen desjenigen Betrages suchen, für welchen sie im Konkurse der Gesellschaft keine Befriedigung erlangt haben. Der Unterschied zu § 64 KO. liegt auf der Hand. Im § 64 KO. haftet der Gemeinschuldner persönlich, dann aber außerdem noch mit einer Sache. Im Falle des § 212 KO. haftet dagegen die Gesellschaft mit dem Gesellschaftsvermögen, ferner aber auch der Gesellschafter mit seinem Privatvermögen. Es fehlt hier also an einem Absonderungsrecht. Dem Umstand aber, daß ein Verpflichtungsgrund der Gesellschaft gleichzeitig einen persönlichen Haftungsgrund des Gesellschafters erzeugt, trägt der § 212 KO. Rechnung. Der Gesellschaftsgläubiger kann im Privatkonkurse nur die Konkursquote seines im Gesellschaftskonkurse erlittenen Ausfalls beanspruchen. Die §§ 64 und 96 KO. sind entsprechend anwendbar. Die Gesellschaftsgläubiger werden also im Privatkonkurs so behandelt, als ob ihnen an dem rechtlich selbständigen Gesellschaftsvermögen, das nicht zur Konkursmasse des Privatkonkurses gehört, ein Absonderungsrecht zustände 1).

Eine ähnliche Bestimmung enthält der § 234 KO. Danach finden auf den Nachlaßgläubiger, dem gegenüber der Erbe unbeschränkt

1) Jaeger, 3./4. Aufl. § 212 Anm. 6.

haftet, im Konkurse über das Vermögen des Erben, wenn auch über den Nachlaß das Konkursverfahren eröffnet, oder wenn eine Nachlaßverwaltung angeordnet ist, die Vorschriften der §§ 64, 96, 153, 155, 156, 168 Nr. 3 und 169 KO. entsprechende Anwendung. Das gleiche gilt im Konkursverfahren über das Vermögen eines Ehemannes, wenn die Ehefrau Erbin ist und der Nachlaß zum Gesamtgut gehört. Der Erbe haftet gemäß § 1975 BGB. für die Nachlaßverbindlichkeiten im Falle des Nachlaßkonkurses oder einer Nachlaßverwaltung nur beschränkt mit dem Nachlaß. Wenn aber schon vorher eine unbeschränkte Haftung des Erben eingetreten ist, sind die Nachlaßgläubiger nicht gehindert, im Konkurse über das Vermögen des Erben ihre Ansprüche zu verfolgen. Sie unterliegen hier aber dem Grundsatze der Ausfallhaftung, damit sie nicht zum Nachteil der Gläubiger des Erben, die sich am Nachlaßkonkurse nicht beteiligen können, die Konkursmasse ungerechtfertigt vermindern. Sie haben, wie die Gesellschaftsgläubiger, kein Absonderungsrecht, das Gesetz behandelt sie aber, als ob ihnen am Nachlaß ein Absonderungsrecht zustände 1). Zu den Gläubigern gehören auch die im Nachlaßkonkurse minderberechtigten, aber im Erbenkonkurse vollberechtigten Forderungen.

Gemäß § 236 KO. finden endlich noch die Vorschriften der §§ 214 bis 234 KO. im Falle einer fortgesetzten Gütergemeinschaft auf das Konkursverfahren über das Gesamtgut Anwendung. Auch hier gilt also § 234 KO. und damit das Prinzip der Ausfallhaftung des § 64 KO.

II. Außerhalb der Konkursordnung vorgeschriebene entsprechende Anwendung des § 64 KO.

Diesen drei Bestimmungen in der Konkursordnung entsprechen außerhalb ihres Bereichs noch die drei Vorschriften der §§ 35 HypothBG. 2), 77 VersAufsG. 3) 4) und 7 a DepotG. Der § 35 HypBG. bestimmt, daß im Konkurse einer Hypothekenbank die Forderungen der Pfandbriefgläubiger vor allen anderen Konkursgläubigern aus den im Hypothekenregister eingetragenen Hypotheken und Wertpapieren befriedigt werden. Aehnlich gewährt § 77 IV VAG. (früher § 61) den Versicherten im Konkurse der Lebensversicherungsanstalt für ihre Ansprüche auf die rechnungsmäßige Deckungsrücklage Befriedigung vor allen Konkursgläubigern aus den im Register als

1) Jaeger 3. und 4. Aufl. § 234 Anm. 8.
2) Ueber Erstreckung dieser Vorschrift Jaeger § 61 Anm. 4a.
3) Neufassung vom 6. Juni 1931 RGBl. I S. 315 ff.
4) Die durch die Neufassung vom 6. Juni 1931 geschaffene neue Vorrechtsklasse des § 80 VAG. für die Versicherten bei Versicherungen ohne Deckungsrücklage gehört nicht hierher, sondern bildet ein Konkursvorrecht nach Art des § 61 KO.

Bestand des Deckungsstockes eingetragenen Gegenständen. Endlich geht nach § 7 a DepG. (eingeführt durch VO. vom 21. 11. 1923) bei einem Kommissionsgeschäfte auf Einkauf von Wertpapieren die Forderung eines Kommittenten, der die ihm dem Kommissionär gegenüber obliegenden Pflichten vollständig erfüllt hat, ohne aber das Eigentum an den Wertpapieren erlangt zu haben, im Konkurse des Kommissionärs in Ansehung der Befriedigung aus den in der Masse befindlichen Wertpapieren gleicher Gattung und aus Ansprüchen auf Lieferung solcher Wertpapiere, allen anderen Konkursgläubigern vor. Alle drei Bestimmungen enthalten weiter die Vorschrift, daß die Gläubiger Befriedigung aus dem übrigen Vermögen des Gemeinschuldners unter entsprechender Anwendung der für die Absonderungsberechtigten geltenden Vorschriften der §§ 64, 153, 155, 156 und 186 Nr. 3 KO. verlangen können.

Für die Rechtsnatur dieser Rechte gibt keine der genannten Vorschriften selbst einen Anhaltspunkt. Von allen bisher behandelten Konkursvorzugsrechten weichen sie ab. Untereinander aber sind sie jedenfalls ihrer Rechtsnatur nach gleich, wie sich insbesondere schon aus der fast übereinstimmenden Fassung der einzelnen Vorschriften ergibt. Untersucht man die genannten Rechte unter den drei großen Gruppen der Aussonderungs-, Absonderungs- und Konkursvorrechte, (§ 61 KO.), so scheidet ohne weiteres das Aussonderungsrecht aus. Die Ansicht, daß es sich hier um Aussonderungsrechte handele, ist niemals ernstlich vertreten worden. Dagegen war die Frage, ob es sich um Absonderungsrechte oder um Konkursvorrechte der in § 61 KO. genannten Art handele, namentlich gleich nach der Schaffung der ersten dieser Rechte lebhaft bestritten. 1) Daß es sich nicht um Absonderungsrechte handelt, ergibt sich daraus, daß die Gläubiger am Konkursverfahren teilnehmen. Keine der drei Vorschriften erklärt den § 4 Abs. 2 KO., der für die Absonderungsberechtigten die Befriedigung außerhalb des Verfahrens vorschreibt, für anwendbar. Gegen die Konstruktion eines Absonderungsrechts spricht auch der Umstand, daß die für Absonderungsberechtigte geltenden Vorschriften nur „entsprechend" anwendbar sind. Wären die Rechte Absonderungsrechte, so würden diese Bestimmungen ohne weiteres und zwar unmittelbar anwendbar sein. Für die Verneinung eines Absonderungsrechts bietet weiter die Entstehungsgeschichte des § 35 HypBG. einen Anhaltspunkt. Es wurde zunächst ein Pfandrecht der Pfandbriefgläubiger abgelehnt, sodann auch ein allgemeines, die ganze Masse umfassendes Konkursvorrecht mißbilligt. So kam es zu der Schaffung des gegenständlich beschränkten Vorzugsrechts. Auch aus der Fassung

1) Schloß S. 41 ff. mit Uebersicht. Stern S. 37; Mayr S. 43 ff.

der einzelnen Vorschriften muß auf eine Verneinung des Absonderungsrechts geschlossen werden. Der Absonderungsberechtigte ist als solcher nie Konkursgläubiger. Das Gesetz stellt aber diese Art von Gläubigern in allen Fällen bewußt den „anderen" bezw. den „übrigen" Konkursgläubigern gegenüber. Diese Gegenüberstellung deutet auf die Rechtsnatur hin. Die genannten Gläubiger sind Konkursgläubiger mit einem Vorrecht. Mit den Vorrechtsgläubigern des § 61 Ziff. 1—5 KO. sind sie nicht identisch; jedoch haben sie mit diesen wesentliche Merkmale gemeinsam. Nur in einem Punkte unterscheiden sie sich grundsätzlich von ihnen. Während das Vorrecht des § 61 KO. die ganze Masse umfaßt, ist das Vorrecht der §§ 35 HypBG., 77 VAG. und 7 a DepG. gegenständlich beschränkt auf einen Teil der Masse, der entweder eigens zu diesem Zweck angesammelt (§§ 35 HypBG. und 77 AGB.) oder erst durch die Konkurseröffnung geschaffen wird (§ 7 a DepG.), wenn, was mehr oder weniger vom Zufall abhängig ist, solche Gegenstände z. Zt. der Konkurseröffnung zum Vermögen des Gemeinschuldners gehören. Man bezeichnet diese Vorzugsrechte daher als Konkursvorrechte besonderer Art[1]), die zwischen den Absonderungsrechten und den gewöhnlichen Konkursvorrechten stehen. Ihre Verwandschaft zu den Absonderungsrechten hat dazu geführt, diese Gläubiger bei Zugriff auf die allgemeine Masse wie absonderungsberechtigte Konkursgläubiger zu behandeln. Sie unterliegen dem Prinzip der Ausfallhaftung, können daher nur Dividende des bei der Vorrechtsbefriedigung erlittenen Ausfalls beziehen.

B. § 10. Gesetzlich nicht geregelte Fälle.

I. Sicherungsübereignung und Sicherungsabtretung.

Für die Untersuchung der Frage, wie weit sich über die gesetzlich geregelten Fälle hinaus eine entsprechende Anwendung des § 64 KO. rechtfertigen läßt und damit das Prinzip der Ausfallhaftung anzuwenden ist, ist von den Rechtsgeschäften der Sicherungsübereignung und Sicherungsabtretung auszugehen. Sicherungsübereignung und Sicherungsabtretung sind Einrichtungen des Verkehrs. Sie dienen zur Sicherung von Forderungen und erfüllen damit den gleichen Zweck wie die Pfandrechte, sie unterscheiden sich aber von diesen dadurch, daß eine über die Pfandbestellung hinausgehende volle Rechtsübertragung vorgenommen wird. Naheliegend war zunächst die Nichtigkeitserklärung derartiger Sicherungsgeschäfte unter dem

1) Jaeger, § 61 Anm. 3; Wolff, § 61 Bem. 11; Bleyer, § 61 Bem. 8; Stern, S. 37 ff; Schloß, S. 41 ff.

Gesichtspunkt der Gesetzesumgehung, indem man sie als verschleierte Pfandbestellung auffaßte, die in der gewählten Form durch constitutum possessorium aber nicht zulässig ist. Einem unabwendbaren Bedürfnisse folgend, haben aber die Gerichte solche Sicherungsübertragungen als gültig anerkannt. Ueber ihre Zulässigkeit und Gültigkeit kann heute kein Streit mehr bestehen. Die Eigentumsübertragung erfolgt ernstlich und dem vollen Umfange nach. Lediglich durch schuldrechtliche Bindungen ist der Sicherungsnehmer an der Ausübung seiner vollen Rechtsmacht gehindert. Diese verpflichten ihn zur Rückübertragung des Eigentums nach erfolgter Befriedigung. Seine dingliche Rechtsmacht dagegen gewährt ihm ein Recht, die Sache zu seiner Befriedigung zu verwerten.

Mit den Wirkungen einer Sicherungsübertragung zur Sicherung einer Forderung haben sich die Gerichte für das Gebiet des Konkursrechts oftmals zu beschäftigen gehabt. In völliger Uebereinstimmung gewährt die Rechtsprechung dem Sicherungsnehmer im Konkurse des Sicherungsgebers ein Absonderungsrecht. Dieser Einheitlichkeit im Ergebnis steht eine große Verschiedenheit in der Begründung gegenüber. Sogar das Reichsgericht ist in seinen Begründungen schwankend gewesen. Vier Wege läßt die reichsgerichtliche Rechtsprechung zu dem Ziel, dem Sicherungsnehmer ein Absonderungsrecht zuzubilligen, erkennen. Zunächst begründet das Reichsgericht dieses Absonderungsrecht mit der naheliegenden Wendung, daß das Sicherungseigentum im Enderfolge einem Pfandrecht gleich sei, weswegen auch die Vorschriften über das Pfandrecht anzuwenden seien 1). Der nächste Schritt ist die Annahme einer rechtlichen Verwandtschaft beider Sicherungsformen 2). In beiden Fällen stützt sich die Entscheidung noch auf Rechtsgrundsätze. Inzwischen taucht eine neue Betrachtungsweise auf. Das Reichsgericht läßt wirtschaftliche Gesichtspunkte maßgebend sein. Die Folge dieser neuen Betrachtungsweise bildet die Unterscheidung von formell juristischer und materiell wirtschaftlicher Vermögenszugehörigkeit. 3) In der letzten maßgeblichen Entscheidung stellt das Reichsgericht jedoch wieder auf rechtliche Erwägungen ab, und begründet das Absonderungsrecht als Folge konkursrechtlicher Grundsätze. 4)

Gegen diese Entscheidungen könnte zunächst versucht werden, aus § 4 KO. Bedenken herzuleiten. In dieser Bestimmung ist ausgesprochen, daß Absonderungsrechte nur in den von der Konkursordnung zugelassenen Fällen geltend gemacht werden können. Eine

1) RG. 24/48 ff.
2) RG. 91/279. Seuff, BlRA. 75/466.
3) RG. 91/12 ff.
4) RG. 124/33; auch OLG. 26/49.

ausdehnende Auslegung verbietet sich daher. Das Absonderungsrecht des Sicherungsnehmers steht aber, anders als die reichsrechtlich zugelassenen Absonderungsrechte, außerhalb der geschriebenen Rechtsordnung. Geht man indessen dem Zweck dieser Bestimmung auf den Grund, so zeigt sich, daß daraus ein Einwand nicht hergeleitet werden kann. Der Grund des numerus clausus des § 1 ist der, daß der Konkursmasse im Interesse der Gesamtheit der Gläubiger möglichst wenig Werte zur Vorabbefriedigung einzelner Gläubiger entzogen werden sollen. Der Kreis der Rechte, auf Grund deren dies möglich wäre, soll nicht vergrößert werden. Die analoge Anwendung des Absonderungsrechts muß daher dann gestattet sein, wenn sie dazu dient, diesen Zweck zu verwirklichen, indem sie die Rechtsstellung eines Gläubigers einschränkt. Das trifft aber bei der Sicherungsübereignung zu. Die Versagung des Absonderungsrechts müßte die uneingeschränkte Anerkennung eines Aussonderungsrechts zur Folge haben. Wenn aber statt eines solchen nur ein Absonderungsrecht gewährt wird, hat die Konkursmasse insoweit einen Vorteil, als ihr ein Ueberschuß aus dem Sicherungsgegenstand zufließt.

Gegen die Zuerkennung eines Absonderungsrechts kann man weiter ins Feld führen, daß der Sicherungsnehmer Eigentümer ist, und daß der Gegenstand, soweit er dem Zweck der Sicherung dient, zum Vermögen des Sicherungsnehmers gehört. Dieser dinglich unbeschränkten Rechtsstellung aber widerspricht ein Absonderungsrecht; sie legitimiert vielmehr zur Aussonderung. Dieser Einwand schlägt jedoch nicht durch. Da das Vollstreckungsrecht, wie bereits hervorgehoben ist, auch schuldrechtliche Bindungen zu berücksichtigen hat, sind hier die Abreden bezüglich der Rückübereignung von Bedeutung. Für das Recht auf abgesonderte Befriedigung ist nicht immer die dingliche Rechtsstellung entscheidend, wie ein Blick auf das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht zeigt, wobei dem Gläubiger ein dingliches Recht überhaupt nicht zur Seite steht.

Stärker als das Bedenken, daß der Sicherungsnehmer Eigentümer ist, ist der Grundgedanke des Absonderungsrechts. Dieser Grundgedanke spricht dafür, dem Sicharungsnehmer im Konkurse nur ein Absonderungsrecht zuzubilligen. Die Sicherungsübertragung dient der Sicherung einer Forderung. Der Konkurs dient der Abwicklung sämtlicher Rechtsbeziehungen des Gemeinschuldners. Von dieser Abwicklung wird die durch Eigentumsübertragung gesicherte Forderung erfaßt, sie wird es sogar dann, wenn sie an sich noch nicht fällig ist. § 65 Abs. 1 KO. fingiert ihre Fälligkeit. Diesem Abwicklungsgedanken entspricht die Vereinigung des der Forderung beigeordneten Sicherungsgeschäfts. Der Durchführung dieses Gedankens dient aber die abgesonderte Befriedigung, während gerade die Aussonderung dazu

geschaffen ist, ein Recht in seinem Bestande zu erhalten. Die Schaffung der Absonderungsrechte zeigt, daß es der Wille des Gesetzes ist, Forderung und das damit zusammenhängende Sicherungsrecht gleichmäßig zu behandeln. Dieser Grundgedanke des Absonderungsrechts trifft aber auch bei der Sicherungsübereignung zu. Die entsprechende Anwendung des Absonderungsrechts ist daher durchaus gerechtfertigt, und die Rechtsprechung hat einen richtigen Gedanken zur Anerkennung gebracht, indem sie den Sicherungsnehmer im Konkurse des Sicherungsgebers, statt ihm ein Aussonderungsrecht zuzubilligen, auf die Stellung eines Absonderungsberechtigten beschränkte 1) 2).

Muß aber die Auffassung, daß dem Sicherungsnehmer nur ein Absonderungsrecht statt eines Aussonderungsrechts zuzubilligen ist, als richtig erkannt werden, so folgt daraus auch die Anwendbarkeit des § 64 KO. Gleichwohl ist die Anwendbarkeit des § 64 KO. hier keine unmittelbare, sondern nur eine entsprechende, weil der Sicherungsnehmer lediglich auf die Rechtsstellung eines Absonderungsberechtigten beschränkt wird, ohne ein direktes Absonderungsrecht zu haben 3).

II. Eigentumsvorbehalt.

Neben den Sicherungsgeschäften der Sicherungsübereignung und Sicherungsabtretung nimmt im heutigen Geschäftsverkehr der Verkauf unter Eigentumsvorbehalt einen breiten Platz ein. Der Zweck des Eigentumsvorbehalts ist der gleiche wie bei den anderen Sicherungsgeschäften, nämlich Sicherung einer Forderung gegen Ausfälle und Verluste. Es taucht daher die Frage auf, ob unter diesem Gesichtspunkt die Anwendung des Ausfallprinzips des § 64 KO. zu rechtfertigen ist. Sie kann sich nur rechtfertigen, wenn die Rechtslage eine gleiche oder ähnliche wie bei der Sicherungsübereignung ist, und die Gründe, die bei der Sicherungsübereignung zur An-

1) Wer diesen Erwägungen aus begrifflichen Gründen nicht zustimmen vermag, wird zu erwägen haben, ob nicht die Beschränkung des Sicherungsnehmers auf ein Absonderungsrecht eine gewohnheitsrechtliche Anerkennung gefunden hat. (Jaeger, ZZP. 54/145).

2) Die Entwicklung hat der herrschenden Lehre, die dem Sicherungsnehmer nur ein Absonderungsrecht zubilligte, recht gegeben. Die neue Vergleichsordnung vom 26. 2. 1935 RGBl. Nr. 24 S. 321 ff. bestimmt im § 27 Abs. 2, daß die Vorschriften über Absonderungsberechtigte auf Sicherungseigentümer und Sicherungszessionar entsprechende Anwendung finden. Diese Bestimmung greift zwar nicht in die KO. ein, sie zeigt aber, wohin die gesetzliche Entwicklung geht und wie bei einer Aenderung der KO. die Entscheidung ausfallen würde.

3) Bleyer, § 48 Bem. 4b; OLG. 26/49; LZ. 1910/158; Seuff, BlRA. 75/466.

wendung des Ausfallgrundsatzes geführt haben, auch hier gegeben sind.

Gemäß § 455 BGB. ist beim Eigentumsvorbehalt der Eigentumsübergang im Zweifel aufschiebend bedingt durch die vollständige Bezahlung des Kaufpreises. Kommt der Käufer mit der Zahlung in Verzug, so ist der Verkäufer zum Rücktritt vom Vertrage berechtigt. Die Parteien haben sich, wenn der Rücktritt erfolgt, die empfangenen Leistungen zurückzugewähren (§ 346 BGB.). Das besagt aber keineswegs, daß ein Herausgabeverlangen des Verkäufers notwendig die Bedeutung eines Rücktritts haben muß, wie auch die Verfolgung des Kaufpreisanspruchs keinem Verzicht auf Herausgabe gleichkommt. Beide Ansprüche schließen sich nicht aus 1). Abgesehen von dem Gebiete des Abzahlungsgesetzes, wo die Rücknahme des Gegenstandes als Rücktritt gilt, (§ 5 AbzahlungsG.), werden in vielen Fällen der Eigentumsvorbehalt und die Rücknahme des Kaufgegenstandes gerade zur Aufrechterhaltung des Kaufvertrages dienen. Der Vorbehalt dient hier zur Sicherung des Kaufpreisanspruchs. Hat der Verkäufer die Sache zurückverlangt, ohne damit einen Rücktrittswillen vom Vertrage kundzutun, so fragt es sich, wie sich die Rechtslage und das Schicksal der Sicherung weitergestalten. Die erste Möglichkeit für den Verkäufer besteht darin, daß er abwartet, ob der Käufer unter dem Druck der Vorenthaltung des Gegenstandes sich nicht doch noch zur Erfüllung seiner Verpflichtungen entschließt. Er kann also die Sache für den Käufer bereitstellen. Dieser Weg ist aber praktisch von geringem Wert, nämlich in den Fällen, wo der Käufer zur Erfüllung außerstande ist und voraussichtlich auch bleiben wird, eine Erfüllungsbereitschaft also niemals eintreten wird. Er muß daher eine andere Möglichkeit haben, die Sicherung des Kaufpreisanspruchs durchzusetzen und sich deswegen zu befriedigen. Der Weg einer Verwertung der Sache für eigene Rechnung ist nicht gangbar, weil der Kaufvertrag fortbesteht und er durch eine Veräußerung für eigene Rechnung bei einem späteren unverhofften Erfüllungsbegehren des Käufers zur Erfüllung des Vertrages außerstande wäre. Da aber andererseits der Zweck der Sicherung nur durch eine Befriedigungsmöglichkeit erreicht werden kann, muß dem Verkäufer eine solche auf andere Weise gewährt werden. Diese Möglichkeit bietet die Verwertung der Sache für Rechnung des Käufers. 2) Diese Lösung ist unbedenklich, da dem Recht eine derartige Verwertung für Rechnung

1) Jaeger, § 26 Anm. 15; Mentzel, § 26 Bem. 2; S. 153; Bleyer, § 26 Bem. 3c.; OLG. 15/235, a. E.

2) Jaffé, S. 74 ff.; Kunze, S. 59 ff., die sich auf Jaeger, § 26 Anm. 15 berufen.

des Käufers nicht bekannt ist. Eine ähnliche Befugnis gewährt der § 373 HGB. in dem Recht zum Selbsthilfeverkauf.

Im Konkurse des Käufers unterliegt der Kaufvertrag unter Eigentumsvorbehalt rechtlichen Besonderheiten. Da es sich um einen zweiseitigen, beiderseits nicht vollständig erfüllten Vertrag handelt, hängen Erfüllung oder Nichterfüllung von dem Willen des Verwalters ab. Besteht der Verwalter auf Erfüllung, so ist die Kaufpreisforderung eine Masseschuld gemäß § 59 Ziff. 2 KO., 1) und der Verkäufer ist hinreichend gedeckt. Verweigert der Verwalter die Erfüllung, so hat das zur Folge, daß von keiner Seite, auch nicht später vom Gemeinschuldner, noch Erfüllung verlangt werden kann, obgleich der Vertrag an sich weiter besteht 2). Der Verkäufer kann also den Kaufpreis nicht mehr fordern. Eine Verwertung für Rechnung des Käufers hat hier keinen Sinn, weil der Käufer zur Bezahlung nicht mehr angehalten werden kann. Wenn dem Verkäufer auch ein Schadensersatzanspruch erwächst, so wird damit doch der Sicherungszweck des Eigentumsvorbehalts hinfällig, denn beide Ansprüche sind nicht identisch. 3) Die Sicherung durch den Eigentumsvorbehalt bezog sich aber nur auf den Kaufpreisanspruch als solchen. Die in dem Eigentumsvorbehalt ruhende Sicherung ist jetzt keine Sicherung der Schadensersatzforderung mehr, denn soweit der Verkäufer jetzt noch eine Sicherung hat, erleidet er keinen Schaden. „Die Sache dient ihm somit nicht subsidiär für einen Ausfall an einer Forderung, sondern prinzipaliter, indem sie durch ihren Wert eine Ersatzforderung überflüssig macht." 4)

Außer diesen beiden Möglichkeiten der Erfüllung oder Nichterfüllung durch den Verwalter gibt es noch eine dritte. Sie ergibt sich dann, wenn der Konkursverwalter weder von sich aus eine Erklärung über Erfüllung oder Nichterfüllung abgibt, noch der Verkäufer ihn zu einer Stellungnahme zwingt. In diesem Fall kann der Verkäufer seine Kaufpreisforderung im Konkurse geltend machen, 5) denn der beiderseitige Erfüllungsanspruch besteht noch. Daneben hat er die in dem Eigentumsvorbehalt ruhende Sicherung des Kaufpreises. Die Verwertung für Rechnung des Gemeinschuldners hat hier einen guten Sinn. Es fragt sich nur, ob der Verkäufer beide Möglichkeiten uneingeschränkt verwirklichen kann, oder ob er dem Ausfallgrundsatz

1) Rubin, der Eigentumsvorbehalt im Konkurs- und Vergleichsverfahren, S. 28.
2) Jaeger, § 17 Anm. 44; RG. 49/192; RG. 135/175; JW. 1907/315 Nr. 18; Jaffé S. 90/91; Rubin, S. 37 und 42.
3) Mentzel, § 26 Bem. 2.
4) Jaffé S. 94.
5) a. A. Rubin S. 83.

des § 64 KO. unterliegt und wegen der Kaufpreisforderung im Konkurse nur insoweit berücksichtigt werden kann, als die Verwertung der Sache ihm keine Befriedigung geboten hat. Unmittelbar findet § 64 KO. keine Anwendung, denn der Verkäufer ist kein Absonderungsberechtigter, sondern auf Grund seines Eigentums kann er den Kaufgegenstand aussondern. Für eine entsprechende Anwendung des § 64 KO. haben sich, soweit ersichtlich, bisher nur Jaeger 1), Kunze 2) und Rühl 3) ausgesprochen. Jaeger weist vor allem auf die Aehnlichkeit der Rechtslage mit der Sicherungsübereignung hin. So wie im Falle der Sicherungsübereignung das Eigentum zum Zwecke der Sicherung übertragen werde, werde hier das Eigentum gerade nicht übertragen, sondern dem Verkäufer vorbehalten. Dieses Ergebnis entspreche auch einem Verkehrsbedürfnis, zumal auch dem Verkäufer mit der Rücknahme der Sache und dem Rücktritt vom Vertrage meist gar nicht gedient wäre. Auch Rühl 4) weist darauf hin, daß der Eigentumsvorbehalt ein Kreditsicherungsmittel sei und die Stellung des Verkäufers unter Eigentumsvorbehalt der des Pfandgläubigers oder Sicherungsnehmers vergleichbar sei. Kunze 5) gelangt zu dem gleichen Ergebnis aus Gründen der Billigkeit, da der Verkäufer die Sache wie ein Pfand verwerte. Der Ansicht dieser Schriftsteller muß beigepflichtet werden. Eine Rechtsähnlichkeit mit der Sicherungsübereignung ist nicht zu verkennen. Im Ergebnis hätten die Parteien den mit dem Eigentumsvorbehalt verfolgten Zweck auch dadurch erreichen können, daß sie das Eigentum an der verkauften Sache unbedingt übertrugen und der Erwerber dem Verkäufer dafür sicherungshalber eine andere Sache übereignete. Zur Sicherung der Kaufpreisforderung hätte dann der Verkäufer statt des vorbehaltenen Eigentums ein Sicherungseigentum. Fiele jetzt der Käufer in Konkurs, so würde die Rückforderung der Sache am § 26 KO. scheitern, da der Vertrag von Seiten des Verkäufers vollständig erfüllt wäre. Für die nicht erfüllte Kaufpreisforderung hätte er in dem Sicherungseigentum ein Absonderungsrecht, das ihn allerdings dem Ausfallgrundsatz unterwerfen würde. Praktisch unterscheidet sich der Eigentumsvorbehalt also von der Sicherungsübereignung nur dadurch, daß es hier der verkaufte Gegenstand selbst ist, der als Sicherheit für den Kaufpreis dient. Dieser geringe praktische Unterschied führt im Ergebnis zu einer völlig verschiedenen rechtlichen Beurteilung, indem der Sicherungseigentümer trotz seines vollen Eigentums auf ein Absonderungsrecht beschränkt ist, während

1) § 64 Anm. 6; § 26 Anm. 15; Lb. S. 70.
2) S. 65 in Vb. m. S. 70.
3) JJP. 56/184 ff.
4) S. 184.
5) a. a. O.

dem Vorbehaltseigentümer die volle Ausnutzung seiner unbeschränkten dinglichen Rechtsstellung gestattet ist. Der Grund für eine solche abweichende Behandlung würde allein darin liegen, daß bei Eigentumsvorbehalten die Sache im Vermögen des Verkäufers bleibt, also nicht zur Konkursmasse gehört, während bei dem Sicherungseigentum die Eigentumsübertragung die Vermögenszugehörigkeit nicht hat ändern können.

Einer Kritik kann dieses Ergebnis nicht standhalten. Bei der Sicherungsübereignung hat man durch Einführung der formell-dinglichen und materiell-wirtschaftlichen Vermögenszugehörigkeit den Boden der rein dinglichen Rechtszuständigkeit verlassen, und es ist nicht einzusehen, warum in einem Falle der dasselbe Ziel verfolgt und auch fast gleichgestaltet ist, davor wieder Halt gemacht werden sollte. Da in dem hier untersuchten Fall der Kaufvertrag mit allen Wirkungen fortbesteht, hat der Gemeinschuldner bzw. die Konkursmasse einen Anspruch auf Verschaffung des Eigentums. Dieser Anspruch aus dem Kaufvertrage gehört zur Masse. Zur Konkursmasse gehört aber noch mehr Da die Eigentumsübertragung bedingt ist, hat der Gemeinschuldner schon mehr als einen reinen Verschaffungsanspruch erworben, nämlich eine sog. Anwartschaft auf das Eigentum. Diese Anwartschaft gehört gleichfalls zur Masse. Sie sichert den Erwerb des Vollrechts, des Eigentums, über den bloßen Verschaffungsanspruch hinaus derart, daß mit dem Eintritt eines bestimmten, noch fehlenden Tatbestandsmerkmals das Vollrecht unabhängig von dem späteren Parteiwillen ipso iure entsteht. Die Parteien sind also bereits gebunden. Ihre Gebundenheit kann mehr oder minder stark sein, je nach der Stärke der Aussicht auf den Erwerb des künftigen Vollrechts 1). Die unter Eigentumsvorbehalt gekaufte Sache kann daher für das Vermögen des Käufers schon eine große Rolle spielen. Dies wird besonders deutlich in dem Falle, wenn der Käufer zur Bezahlung des Kaufpreises bereits einen erheblichen Teil seines Aktivvermögens aufgewandt hat. Durch solche Aufwendungen rückt, jedenfalls wirtschaftlich gesehen, auch die Sache selbst immer mehr in die Reihe der Aktivposten des Käufers. Unter diesem Gesichtspunkt zwingt schließlich der Grundgedanke des § 64 KO. zu einer entsprechenden Anwendung des Ausfallgrundsatzes. Dieser Grundgedanke zwingt zur Anwendung des § 64 überall dort, wo durch Ausübung eines Befriedigungsrechts und durch Teilnahme am Verfahren eine doppelte Berücksichtigung des Gläubigers stattfinden würde. Wenn auch streng genommen die Ausübung eines Befriedigungsrechts an einem Massegegenstand nicht vorliegt, so werden doch durch Ausübung des Befriedigungsrechts der zur

1) Türck, Konkurs und Treuhand 1928 S. 22 ff.

Masse gehörige Verschaffungsanspruch und das Anwartschaftsrecht vereitelt. Diese Vereitelung erfolgt zugunsten des einzelnen Gläubigers und zum Nachteil der nur persönlichen Gläubiger, die aus dem Erwerb des Vollrechts zur Masse Vorteil gezogen hätten. Insofern besteht eine direkte Verwandtschaft zur Sicherungsübereignung. Daher müssen die Bedenken gegen eine entsprechende Anwendung des § 64 KO. schwinden.

III. Die Entscheidung des Obersten Gerichtshofs des Saargebiets vom 8. 11. 1932.

Es ist bereits im 1. Kapitel 1) über die unmittelbare Anwendung des § 64 KO. der von Kisch 2) untersuchte Tatbestand erwähnt und dort hervorgehoben, daß eine unmittelbare Anwendung nicht gegeben sei, weil der belastete Gegenstand nicht dem Gemeinschuldner, sondern einem Dritten gehöre. An dieser Stelle muß auf den Tatbestand unter dem Gesichtspunkt einer entsprechenden Anwendung noch einmal ausführlicher eingegangen werden, da einerseits eine solche entsprechende Anwendung des Ausfallgrundsatzes behauptet wird, andererseits dagegen eine Erweiterung des für den Absonderungsberechtigten Konkursgläubiger geltenden Prinzips verneint wird. Die Untersuchung dieses Falles muß sich an die beiden vorigen anschließen, da auch hier die Beziehung zur Sicherungsübereignung eine entscheidende Rolle spielt.

Der von Kisch 3) untersuchte Tatbestand ist folgender:

> C. hat ihm gehörige Aktien an B. verpfändet mit dem Rechte, darüber eigenen Namens zu verfügen. B. verpfändet diese Aktien seinerseits an seinen Gläubiger A. Wenn B. in Konkurs gerät, so erhebt sich die Frage, ob A. im Konkurse des B. seine volle Forderung anmelden oder entsprechend § 64 KO. sich im Hinblick auf die mögliche Pfandbefriedigung einen Abzug gefallen lassen muß."

Diese von Kisch im Sinne der ersten Lösung entschiedene Frage wird in einer von ihm mitgeteilten Entscheidung des Obersten Gerichtshofs des Saargebietes vom 8. 11. 1932 entgegengesetzt entschieden. Das genannte Gericht begründet seinen Standpunkt, wenn man an die Stelle der eigentlich Beteiligten mit Kisch die hier eingeführte Personenbezeichnung weiter führt, mit folgenden, wörtlich übernommenen Sätzen:

---

1) S. 86.
2) Jud. 1933 Sp. 321 ff.
3) a. a. O.

„A. und B. wollten durch die der Herrschaft des B. unterworfenen Werte den A. sicherstellen. Man hätte mit der Wirkung der Schaffung eines (unmittelbaren) Absonderungsrechts im Konkurse des B. die Forderung des B. an C. dem A. verpfänden können. In Wirklichkeit trat B. zugunsten des A. zurück, indem er ihm die Aktien wie eigene verpfändete. B. blieb im vollen Genuß seiner Forderung gegen C. und auch weiter Pfandgläubiger und Verfügungsberechtigter bezüglich der Aktien, da keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, daß B. auf diese Rechte verzichtet hätte, und die Herausgabe des Pfandes an A. das Erlöschen des Pfandrechts des B. nicht zur Folge hatte (§§ 1255, 1253 BGB.). Er gab zum Zweck und in den Grenzen der Sicherung dem A. die Aktien. Nach seiner Befriedigung hatte A. die Aktien an B. zurückzugeben mit der Folge, daß dieser wiederum in den vollen Genuß seiner Rechte an den Pfandgegenstand trat. (§ 1223 BGB.). Die von B. und A. getroffene Regelung liegt also ähnlich wie im Falle der Sicherungsübereignung. Wenn A. in einem Konkurse des B. aufgrund der ihm eingeräumten begrenzten Vorzugsstellung die Aktien verwertete und zu Geld machte, so mußte dies, da B. sich seiner Rechte an den Aktien wegen seiner Forderung an C. nicht endgültig begeben hatte, auf Kosten der zur Verfügung der Konkursgläubiger stehenden Masse erfolgen."

Dieser Standpunkt des Obersten Gerichtshofs des Saargebiets läuft darauf hinaus, auch in dem Falle, daß der Konkursgläubiger neben seiner Konkursforderung gegen den Gemeinschuldner zugleich ein Pfandrecht an einem nicht zur Konkursmasse gehörigen, also nicht im Eigentum des Gemeinschuldners stehenden, sondern massefremden Gegenstande hat, das Prinzip der Ausfallhaftung des § 64 KO. anzuwenden. Diesem Standpunkt kann mit Kisch 1) aus nachstehenden Gründen nicht beigetreten werden:

Der geschilderte Standpunkt des Gerichts geht von der Unterstellung aus, das Pfandrecht des B. bleibe neben demjenigen des A. an den dem C. gehörigen Wertpapieren bestehen. Das würde bedeuten, daß jetzt an diesen Wertpapieren zwei Pfandrechte bestehen. Das älteste Pfandrecht des B. müßte dem jüngeren des A. im Range vorgehen; denn bei Pfandrechten an beweglichen Sachen gibt es keine dinglich wirkende Rangänderung. Soll also trotz Bestellung eines Pfandrechts für A. das Pfandrecht des B. an den Wertpapieren nach Ansicht des Gerichts fortbestehen, so ist sein Standpunkt nur in der Weise denkbar, daß B. mit lediglich obligatorischer Wirkung dem A. gestattet, sich aus den Wertpapieren vor B. zu befriedigen. Die Konkursmasse würde dann vom Standpunkt des Gerichts aus

1) a. a. O. Sp. 330 ff.

in der Weise denkbar, daß B. mit lediglich obligatorischer Wirkung insofern als vermindert angesehen werden müssen, als durch die Befriedigung seitens des A. das zur Konkursmasse gehörige Pfandrecht des B. wirtschaftlich wertlos gemacht worden sei; denn die Wertpapiere würden hierdurch der Konkursmasse entzogen sein.

Hiergegen läßt sich jedoch, wie Kisch überzeugend nachgewiesen hat, mancherlei anführen:

Schon die analog Anwendung des Falles der Sicherungsübereignung erscheint hier bedenklich. Bei dieser liegt die Sache so, daß ein Dritter an einem zur Konkursmasse gehörigen Gegenstande das förmliche Eigentum hat, das allerdings im Konkurse nur als Pfandrecht behandelt wird un daher nur die Stellung eines Absonderungsberechtigten gewährt. In dem zur Erörterung stehenden Falle dagegen besteht das Pfandrecht überhaupt nicht an einem Massegegenstand, sondern an einem solchen, welcher nicht dem Gemeinschuldner, sondern einem Dritten gehört. Kisch sagt wörtlich:

> „Im ersten Falle wird durch die Sicherungsübereignung die (spätere) Konkursmasse unmittelbar vermindert; im zweiten Falle (Verpfändung eines massefremden Gegenstandes) nicht. Im ersten Fall stammt das dingliche Recht (Eigentumsrecht) aus demjenigen Vermögen, welches für die obligatorische Forderung haftet; im zweiten Falle ist das mit dem dinglichen Recht (Pfandrecht) belastete Vermögen ein anderes als dasjenige des haftenden Schuldners. Im ersten Falle wird einem Gläubiger, der im Konkurs nach allgemeinen Grundsätzen zugleich ein Aussonderungsrecht hätte, wirtschaftlich nur die Stellung eines Absonderungsberechtigten gewährt, also seine Rechtsstellung vermindert; im zweiten Falle soll einem Gläubiger, der im Konkurs kein Absonderungsrecht (geschweige denn ein Aussonderungsrecht) hat, die wirtschaftliche Stellung eines Absonderungsberechtigten gegeben werden."

Die Rechtslage ist demnach in beiden Fällen voneinander so verschieden, daß eine analoge Anwendung des Falles der Sicherungsübereignung nicht statthaft erscheint.

Man könnte jedoch vielleicht versuchen, eine entsprechende Anwendung des Gedankens der Sicherungsübereignung mit folgendem Gesichtspunkt zu rechtfertigen: Der Gläubiger, dem ein Gegenstand zur Sicherung übereignet worden sei, werde durch Befriedigung aus diesem Gegenstande der Möglichkeit beraubt, diesen Gegenstand bei nachträglicher Befriedigung zur Konkursmasse zurückzugeben; ebenso werde es im vorliegenden Falle dem Pfandgläubiger A. nach Verkauf der Wertpapiere unmöglich gemacht, dieselben der Konkurs-

masse zurückzugeben, wodurch das angeblich bestehengebliebene Pfandrecht des Gemeinschuldners B. praktisch entwertet sei. Hiergegen läßt sich jedoch folgendes geltend machen:

Das Wesen der Sicherungsübereignung besteht darin, daß, wie Kisch 1) sich ausdrückt, „ein Recht der „späteren" Konkursmasse selbst, nämlich das Eigentum an einem Gegenstande, einem Gläubiger des späteren Gemeinschuldners zu dessen Sicherung übertragen wird mit der Abrede, daß nach seiner Befriedigung eben dieses Recht (das Eigentum) an die Masse zurückgelangen soll." Vorliegendenfalls dagegen hat der Pfandgläubiger A. nicht das Eigentum, sondern nur ein Pfandrecht erlangt, und zwar an einem massefremden Gegenstand, und der Gemeinschuldner B. — jedenfalls nach Ansicht des Gerichts — das ihm von C. an dem gleichen Gegenstande eingeräumte Pfandrecht behalten. Auszugehen ist demnach von der Tatsache, daß das dem A. zustehende Pfandrecht von demjenigen des B. verschieden ist, im Falle der freiwilligen Befriedigung des A. infolgedessen erlöschen müßte und nicht, wie in diesem Falle das Sicherungseigentum auf B. zurückzuübertragen wäre. Richtig ist allerdings, daß eine Befriedigung des A. aus den verpfändeten Wertpapieren dazu führen müßte, daß B. zu einer solchen Verwertung der nach Ansicht des Gerichts daneben auch ihm noch haftenden Pfandstücke nicht mehr in der Lage wäre; ein gewisser Zusammenhang zwischen A. und B. als Gläubiger hinsichtlich des Pfandobjekts kann also nicht geleugnet werden. Zu einer Anwendung des § 64 KO. vermag ein solches Verhältnis aber nicht zu führen. Denn der Grundsatz der Ausfallhaftung greift nur da Platz, wo der Absonderungsberechtigte und die Konkursmasse mit Bezug auf einen zur Konkursmasse gehörigen, und nicht mit Bezug auf einen im Eigentum eines Dritten stehenden Gegenstand konkurrieren.

Gegen die Entscheidungsgründe des Obersten Gerichtshofes des Saargebietes spricht schließlich entscheidend folgender Gesichtspunkt: Der wirtschaftliche Zweck, den B. und A. mit der Verpfändung der Wertpapiere an A. im Auge hatten, ging dahin, dem A. eine Vorzugsstellung vor B. gerade für den Fall des Konkurses zu ververschaffen. Diese Absicht wäre indessen niemals zu verwirklichen gewesen, wenn das Pfandrecht des B. neben demjenigen des A. weiterbestehen sollte. Denn dann hätte im Konkurse B. und nicht A. den Vorzug gehabt. Eine Bevorzugung des A vor B., wie das Gericht sie als im Parteiwillen liegend annimmt, kann beim Pfandrecht an beweglichen Sachen nicht mit dinglicher, sondern höchstens mit obligatorischer Wirkung in dem Sinne geschaffen werden, daß B. sich

1) a. a. O. Sp. 331.

verpflichtet, eine vorzugsweise Befriedigung des A. zuzulassen. Eine solch obligatorische Bindung würde jedoch im Konkurse nichts nützen. Vielmehr weist Kisch 1) zutreffend darauf hin, trotz jener obligatorischen Abmachung sei die Konkursmasse des B. in einem solchen Falle berechtigt, ihr nach wie vor im dinglichen Range besseres Pfandrecht vor demjenigen des A. geltend zu machen. Da es nun aber der Absicht der Parteien entsprach, dem A. ein auch im Konkurse vor dem Rechte des B. wirksames Pfandrecht an den Wertpapieren zu verschaffen, so kann der Parteiwille nur dahin verstanden werden, daß B. bei Verpfändung der Wertpapiere des C. zugunsten des A. auf sein eigenes Pfandrecht an diesen Wertpapieren verzichtete, so daß an diesen nur noch ein einziges Pfandrecht, nämlich dasjenige des A., bestand. Damit zeigt sich jedoch der Ausgangspunkt des Obersten Gerichtshofs des Saargebiets, nämlich das behauptete Fortbestehen des Pfandrechts des B. neben demjenigen des A., als nicht haltbar. Die hierauf begründete Beweisführung entbehrt daher nunmehr der Schlüssigkeit.

IV. Aufrechnung.

Endlich kann im Rahmen dieser Arbeit an einer Stellungnahme zur Aufrechnung im Verhältnis zur Ausfallhaftung nicht vorübergegangen werden. Die Aufrechnung ist eine besondere Art der Schuldtilgung. Ihr Zweck besteht aber nicht hauptsächlich in der Vermeidung eines lästigen Hin- und Herzahlens der gegenseitigen Forderungen. Vielmehr ist ihr tiefster und wichtigster Sinn eine Sicherungsfunktion zugunsten des Gläubigers. Durch Aufrechnung von Forderung und Schuld kann sich der Gläubiger eine Deckung verschaffen und ist damit der Gefahr enthoben, daß sein Schuldner nicht zahlen will oder kann. Insoweit besteht in der Wirkung eine Aehnlichkeit mit dem Pfandrecht. Doch ist das Aufrechnungsrecht kein Pfandrecht, auch kein solches an eigener Schuld, wie Weigelin 2) behauptet hat. Gesetzliche Pfandrechte bestehen nur dort, wo das Gesetz sie als solche ausdrücklich kennzeichnet. Die Gesetze aber bringen nirgends zum Ausdruck, daß die Aufrechnung ein Pfandrecht sei. Daß beide Rechte dem Gläubiger zu demselben Erfolge verhelfen können, ist kein Grund für die Annahme einer gleichen Rechtsnatur. Es wird doch auch niemandem einfallen, das Zurückbehaltungsrecht als Pfandrecht zu bezeichnen, weil es unter Umständen in seiner Wirkung dem Pfandrecht ähnelt. Die Sicherungsfunktion der Aufrechnung tritt besonders deutlich im Konkurse zutage, wo der Gläubiger ihrer auch am dringendsten bedarf. Der Ausschluß der Aufrechnung im Konkurse

1) a. a. O. Sp. 334.
2) Weigelin, das Recht zur Aufrechnung als Pfandrecht an eigener Schuld, 1904.

würde zur Folge gehabt haben, daß der Gläubiger seine Schuld hätte vollständig zur Masse einzahlen müssen, wogegen er für seine Forderung auf die Konkursquote angewiesen wäre. Das wäre allerdings die konsequente Durchführung des Grundsatzes der par condicio creditorum. Diesen Grundsatz durchbricht aber die Konkursordnung durch Anerkennung der Aufrechnung für den Konkurs. Der Aufrechnungsberechtigte braucht seine Forderung im Konkursverfahren nicht geltend zu machen (§ 53 KO.). Hierin liegt seine Sicherung Er kann sofort aufrechnen und, wenn seine Forderung größer ist als seine Schuld, mit dem Rest am Konkurse teilnehmen. Er kann aber auch mit seiner ganzen Forderung am Konkurse teilnehmen und erst später aufrechnen. Der Zeitpunkt der Aufrechnung steht in seinem Belieben, da die Konkursordnung zeitliche Schranken für den Vollzug der Aufrechnung nicht aufstellt 1). Die Stellung des Gläubigers bei der Aufrechnung ist ähnlich der des Absonderungsberechtigten. Er befriedigt sich wie dieser aus einem Gegenstand der Masse, der Forderung des Gemeinschuldners gegen ihn, gesondert unter Ausschluß der übrigen Gläubiger, und entzieht der Masse die Forderung, die sonst allen Konkursgläubigern zugute gekommen wäre. Zum Teil steht er sich sogar besser als der Absonderungsberechtigte, denn während dieser Preisschwankungen bezüglich seines Befriedigungsgegenstandes unterworfen ist, hat er in der Aufrechnungsbefugnis in Höhe seiner Forderung ein absolut sicheres Deckungsobjekt.

Die Frage, ob auch der Aufrechnungsberechtigte den Beschränkungen des Absonderungsberechtigten, insbesondere der Schranke des § 64 KO. hinsichtlich seiner Konkursteilnahme unterworfen ist, ist daher berechtigt. Sie wird aber von Lehre und Rechtsprechung mit Recht verneint 2). Die direkte Anwendung des § 64 KO. scheitert schon daran, daß der Aufrechnungsberechtigte kein Pfandrecht und damit kein Absonderungsrecht hat. „Die Aufrechnung ist eine Rechtsmacht besonderer Art" 3). Dies wird auch von der Konkursordnung sichtbar zum Ausdruck gebracht, indem sie die Aufrechnung in einem besonderen Titel im Anschluß an die Absonderungsrechte behandelt. Die erschöpfende Regelung der Stellung des Aufrechnungsberechtigten im Konkurse befaßt sich nicht mit der Frage, ob der Grundsatz der Ausfallhaftung des § 64 KO. hier Anwendung finden solle. Auch eine entsprechende Anwendung verbietet sich daher. Hier kann

1) Jaeger, § 64 Anm. 5; § 53 Anm. 29 ff.; Herling S. 3; RG. 26/116; 80/410; Mentzel, § 53 Bem. 2; Merkens, LZ. 1912 Sp. 801 ff.
2) Jaeger, § 64 Anm. 5; § 53 Anm. 30a; Lb. S. 125 ff.; Mentzel, § 53 Bem. 2; Merkens LZ. 1912 Sp. 801; Friedemann, LZ. 1913 Sp. 174; Hilker, Seite 15. Herling, a a. O.
3) Jaeger, § 53 Anm. 30a.

auch der Grundgedanke des § 64 KO., die Ausfallhaftung dort anzuwenden, wo die Ausübung des Befriedigungsrechts die Masse verkürzt, die gesetzliche Regelung nicht zur Seite drängen. Auf diese Weise würde zwar einem Gedanken der Begründung des Entwurfs 1), welche das Absonderungsrecht und das Aufrechnungsrecht identifiziert, Anerkennung verschafft. Dies würde indes im Gegensatz zum Gesetz erfolgen, das sich gerade den Gedanken der Begründung nicht zu eigen gemacht hat und damit bekundet, daß die Ausfallhaftung hier nicht gelten soll. Der Gedanke, den § 64 hier unmittelbar oder entsprechend anzuwenden 2), muß daher als dem Gesetz widerstrebend mit der herrschenden Lehre abgelehnt werden 3). Mertens 4) weist zutreffend darauf hin, daß gerade durch die Aufrechnung die Möglichkeit gegeben sei, eine Sicherung gegen Ausfälle zu schaffen.

Dritter Teil:

Auslegung des § 64 Konkursordnung.

A. § 11: Geltendmachung zur Konkursmasse.

I. Allgemeine Begriffsauslegung.

Unter „Geltendmachen" im Rechtssinne versteht man die Erhebung und Verfolgung von Ansprüchen mit dem Ziel ihrer Befriedigung Dieses Ziel kann vollständig nur erreicht werden, wenn die Befriedigung gegebenenfalls auch zwangsweise durchgeführt werden kann. Die Rechtsordnung hat daher zur Verfolgung und Geltendmachung der Ansprüche bestimmte Wege vorgeschrieben, bei deren Beschreiten der Gläubiger staatlicher Hilfe sicher ist. Ein derartiger Weg ist der der gerichtlichen Geltendmachung (s. § 61 Ziff. 5 KO.). Man spricht hier allgemein auch von Geltendmachung im Klagewege oder durch Klageerhebung. Durch ein derartiges Verfahren erlangt der Gläubiger, wenn sein Anspruch begründet ist, einen Titel, mit dessen Hilfe er das Ziel, die zwangsweise Realisierung des Anspruchs, durchsetzen kann. Eine besondere Art der Geltendmachung der Ansprüche ist die Geltendmachung im Konkurse. Das Ziel ist in beiden Fällen dasselbe, die Form aber wegen der besonderen Gestaltung des Konkurses verschieden.

Die Konkursordnung bedient sich des Ausdrucks „geltend machen" in

---

1) Begr. S 226 bei Hahn S. 216.
2) v. Schrutka-Rechtenstamm S. 26; Weigelin S. 46.
3) Jaeger, a. a. O., Mentzel a. a. O., Petersen-Kleinfeller vor §§ 53 bis 56, Bem. 3. Herling a. a. O., Hilker a. a. O., RG. 26/116; Merkens, a. a. O. Sp. 807, 810; auch Friedemann, LZ. 1913/179, der nur den Vorschlägen Merkens' über die Schaffung von Aufrechnungsguthaben durch die Banken widerspricht.
4) a. a. O.

verschiedenen Bestimmungen, aber in abweichender Redewendung. § 4 KO., der die Geltendmachung von Absonderungsrechten auf die in der Konkursordnung zugelassenen Fälle beschränkt, hat mit der Geltendmachung von Ansprüchen im Konkurse nichts zu tun, da die abgesonderte Befriedigung unabhängig vom Konkursverfahren erfolgt. Von Interesse und Bedeutung sind hierfür dagegen neben § 64 KO. die Vorschriften der §§ 53 und 68 KO. § 53 KO. bestimmt, daß ein Gläubiger, soweit er zur Aufrechnung befugt ist, „seine Forderung im Konkursverfahren nicht geltend zu machen" braucht. Nach § 68 KO. kann bei der Gesamtschuldnerschaft ein Gläubiger bis zu seiner vollen Befriedigung „in jedem Verfahren den Betrag geltend machen, den er z. Zt. der Konkurseröffnung zu fordern hatte". § 64 KO. gestattet dagegen dem Gläubiger, „seine Forderung zur Konkursmasse 1) geltend zu machen". Die Frage ist daher, ob diese Verschiedenheit des Ausdrucks auch einen verschiedenen Sinn in sich birgt. Für die §§ 53 und 68 ist die Frage ohne weiteres zu verneinen. § 53 KO. befreit den Aufrechnungsberechtigten von der Geltendmachung seiner Forderung im Konkursverfahren. § 68 berechtigt dagegen den Gläubiger zur Teilnahme mit seiner vollen Forderung in jedem Verfahren. Hier ist, wie im § 53 KO. Konkursverfahren gemeint. Das ergibt sich einmal aus dem Sinn der Bestimmungen, dann aber auch aus § 68 unmittelbar, der zuvor von dem Konkursverfahren über das Vermögen mehrerer oder einer von mehreren Personen, welche nebeneinander auf das Ganze haften, spricht. Damit stehen sich dann nur noch Geltendmachung (bezw. Nichtgeltendmachung) im Konkursverfahren und Geltendmachung zur Konkursmasse gegenüber. Diesem äußeren Gegensatz entspricht aber keine verschiedene innere Bedeutung. In allen drei Fällen stehen Rechte persönlicher Gläubiger in Frage, auch im Falle des § 64 KO., denn hier handelt es sich gerade darum, festzulegen, welche Bedeutung der persönlichen Forderung neben dem Absonderungsrecht zukommt. Durch die Konkurseröffnung werden alle Gläubiger, welche einen z. Zt. der Konkurseröffnung gegen den Gemeinschuldner begründeten Vermögensanspruch haben, Konkursgläubiger und unterliegen als solche hinfort Beschränkungen hinsichtlich ihrer Befriedigung. Das Vermögen des Gemeinschuldners, die Masse wird zu ihrer Befriedigung nutzbar gemat. Dieser Befriedigung dient das Konkursverfahren, sie erfolgt daher innerhalb des Verfahrens durch den Konkursverwalter. In diesem Verfahren ist nun nicht jeder Konkursgläubiger ohne weiteres beteiligt. Wer sich

1) Der Ausdruck findet sich bereits im Preußischen Recht. § 39 pr. KO. gab dem Absonderungsberechtigten das Recht, die Forderung „gegen die gemeinschaftliche Konkursmasse" geltend zu machen.

beteiligen will, muß seine Ansprüche geltend machen, denn nur geltend gemachte Ansprüche werden berücksichtigt. Die Geltendmachung entscheidet über die Berücksichtigung aus der Masse, die nur innerhalb des Verfahrens erfolgt. Geltendmachung im Konkursverfahren heißt also nichts anderes, als Geltendmachung mit dem Ziel der Berücksichtigung aus der Masse. Etwas anderes will aber auch der absonderungsberechtigte Konkursgläubiger des § 64 KO. nicht. § 64 KO. stellt dies eindeutig außer Zweifel, indem er von der verhältnismäßigen Befriedigung „aus derselben", nämlich der Konkursmasse, spricht. Der Absonderungsberechtigte will mit seiner Konkursforrung aus der Masse berücksichtigt werden. Das ist der Sinn des § 64 KO., der Worte: „zur Konkursmasse geltend machen". Da er diese Berücksichtigung aus der Masse nur erfahren kann, wenn er seine Forderung im Konkursverfahren geltend gemacht hat, heißt „Geltendmachung zur Konkursmasse" „Geltendmachung im Konkursverfahren 1). Insoweit besagen also die §§ 53, 64, 68 KO. mit verschiedenen Worten dasselbe.

II. Form und Wirkungen der Geltendmachung.

Wie die Geltendmachung der Konkursforderungen im einzelnen zu erfolgen hat, darüber gibt das Konkursrecht keine Bestimmungen. Die Vorschriften hierüber sind dem Konkursverfahren zu entnehmen. Nach § 138 KO. muß die Konkursforderung angemeldet werden. Wie sich aus § 139 Satz 2 KO. ergibt, kann die Anmeldung schriftlich bei Gericht eingereicht oder zu Protokoll der Geschäftsstelle erklärt werden. Die Geltendmachung der Konkursforderung besteht also in der Anmeldung beim Konkursgericht. Ein Gläubiger, wecher diese Anmeldung unterläßt, ist mangels Geltendmachung am Verfahren nicht beteiligt und wird aus der Konkursmasse nicht berücksichtigt. Lediglich den allgemeinen Beschränkungen der Konkursgläubiger unterliegt er. Die Vorschrift des § 139 KO. ist, soweit die Anmeldung bei Gericht vorgeschrieben wird, zwingend, insbesondere ist eine Geltendmachung gegenüber dem Verwalter wirkungslos. Sie kann jedoch wirksam werden dadurch, daß der Verwalter die Anmeldung dem Gericht weiter reicht. Dann ist aber der Zeitpunkt des Eingangs bei Gericht erst der Zeitpunkt der Anmeldung. Die Weitergabe wirkt nicht zurück 2). Das ist namentlich für die Unterbrechung der Verjährung von Bedeutung. Die angemeldeten Forderungenn hat der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle sofort nach erfolgter Anmeldung in eine Tabelle einzutragen. Im Prüfungstermin werden die angemeldeten Forderungen erörtert und, soweit weder der Verwalter

1) Jaeger § 64 Anm. 11.
2) Jaeger § 139 Anm. 4.

noch ein Konkursgläubiger Widerspruch erhoben hat, oder der Widerspruch beseitigt ist, zur Tabelle festgestellt. Diese Feststellung zur Tabelle gilt als rechtskräftiges Urteil gegenüber allen Konkursgläubigern. Hierin tritt ein fundamentaler Unterschied zur Geltendmachung außerhalb des Konkurses zutage. Während hier der Gläubiger allein durch Anmeldung und Unterbleiben des Widerspruchs einen Titel erlangt, muß er sich dort einen solchen regelmäßig erst erstreiten.

Diese Grundsätze über Anmeldung und Feststellung sind auch für den absonderungsberechtigten Konkursgläubiger maßgebend. Er kann die Forderung zur Konkursmasse anmelden. Daß auch für ihn die Geltendmachung in der Anmeldung besteht, muß schon daraus entnommen werden, daß er Rechte als Konkursgläubiger verfolgt. Dies bestätigen auch mehrere Entscheidungen des Reichsgerichts, das sich zwar mit dieser Frage nie ausdrücklich befaßt, aber doch mehrfach nebenbei dahin ausgesprochen hat. Besonders deutlich ist in dieser Beziehung RG. 78/75. In dieser Entscheidung heißt es wörtlich:

> „Nach § 64 KO. konnte der Kläger seine Forderung gegen den Gemeinschuldner, wofür die Hypothekenvormerkung bestand, zur Konkursmasse *geltend machen*, also zur Konkursmasse *anmelden* und zur Feststellung bringen lassen."

Den gleichen Gedanken, der sich auch in der Begründung des Entwurfs zu § 57 KO. 1) findet, spricht das Reichsgercht noch in zwei anderen Entscheidungen aus 2). Dieses Recht zur Anmeldung steht dem Gläubiger uneingeschränkt zu, denn aus § 64 KO. selbst ergibt sich keine Einschränkung. Er kann also die ganze Forderung anmelden und ist nicht etwa schon hier auf die Geltendmachung des Ausfalls angewiesen. Bei der Anmeldung wirkt sich die Ausfallhaftung noch nicht aus. Dies kann sie auch schon deshalb nicht, weil der Gläubiger bei der Anmeldung bei Gericht gar nicht anzugeben braucht, daß er an einem Gegenstand der Masse ein Befriedigungsrecht habe und deswegen abgesonderte Befriedigung beanspruche. § 139 Satz 1 KO., wonach die Anmeldung der Forderung die Angabe des Grundes und Betrages, so wie eines beanspruchten Vorrechts zwingend vorgeschrieben ist, gilt nicht für das Absonderungsrecht, sondern will nur allgemeine und besondere Konkursvorrechte erfassen 3). Absonderungsrechte sind weder anmeldungsbedürftig noch anmeldungsfähig. Sie sind gegenüber dem Verwalter geltend zu machen (§ 118 KO.) Ihre Geltendmachung hat dadurch eine grund-

1) Begr. S. 275 bei Hahn S. 256.
2) RG. 22/154; 37/16.
3) Jaeger § 139 Anm. 3.

sätzlich verschiedene Regelung erfahren. Wie eine Anmeldung der Forderung bei dem Konkursverwalter gemäß § 139 Satz 2 KO. wirkungslos ist, ist es gemäß § 118 KO. auch eine Anmeldung des Absonderungsrechts beim Konkursgericht. Die ordnungsgemäß angemeldete Forderung des Absonderungsberechtigten wird wie andere Konkursforderungen in die Tabelle eingetragen, im Prüfungstermin erörtert und entweder festgestellt oder bestritten. Der Verwalter kann aber die Forderung nicht deswegen bestreiten, weil dem Gläubiger ein Absonderungsrecht zusteht. Er kann aber auch dem Absonderungsrecht nicht deswegen die Anerkennung versagen, weil der Absonderungsberechtigte die Forderung angemeldet hat 1). Wohl aber kann und wird der Verwalter, der von dem Absonderungsrecht Kenntnis hat, da es ja ihm gegenüber geltend gemacht werden muß, darauf hinwirken, daß die angemeldete Forderung als Ausfallforderung gekennzeichnet und als solche festgestellt wird. Ein derartiger Zusatz hat aber auf die Feststellung selbst keinen Einfluß. Die Feststellungswirkung bezieht sich auf die ganze Forderung, auch auf den durch das Absonderungsrecht nicht gedeckten Betrag 2). Erst in jüngster Zeit hat das Reichsgericht mit aller Deutlichkeit wieder darauf hingewiesen, daß eine derartige Feststellung keine beschränkte, sondern eine Feststellung zum vollen Betrage sei 3). Eine bestimmte Form für die Tabellenfeststellungen der Forderungen absonderungsberechtigter Konkursgläubiger ist nicht vorgeschrieben. Ueblich sind z. B. Eintragungen wie: „festgestellt in Höhe des Ausfalls", oder „festgestellt als Ausfallforderung". Wie Jäger 4) aber mit Recht bemerkt, sind solche Eintragungen irreführend, denn sie können einmal den Anschein erwecken, als ob nur der Betrag des Ausfalls festgestellt sein solle, während das doch gerade nicht der Fall ist, zum anderen lassen sie aber auch die Deutung zu, als betrage die „Ausfallforderung" bereits den tatsächlich nachgewiesenen Ausfall. Wenn auch solche Feststellungen für den Gläubiger unschädlich sind, so ist es doch angebracht, um von vornherein jeden Zweifel über die Bedeutung der Eintragung auszuschließen, eindeutigere Feststellungen zu treffen. Als solche empfiehlt Jäger 5) „festgestellt, als Konkursforderung in Höhe des Ausfalls" oder, wenn der Verzicht noch nicht feststeht, „festgestellt mangels Verzichts auf abgesonderte Befriedigung als Konkursforderung in Höhe des Ausfalls". Derartige Ein-

1) Levy, Konkurs und Treuhand 1928 S. 94 zu 4.
2) RG. 22/154; LZ. 1907 Sp. 921; OLG. 15/243; Jaeger, § 64. Anm. 11.
3) RG. 139/83 ff.
4) § 64 Anm. 11.
5) a. a. O.

tragungen haben den Vorteil, daß aus ihnen sofort zu erkennen ist, daß die Feststellung die ganze Forderung erfaßt.

Macht der Gläubiger bei der Anmeldung bei Gericht gleichzeitig Mitteilung von seinem Absonderungsrecht und beschränkt er seine Anmeldung auf den Ausfall – was in der Praxis häufig vorkommt 1) — dann handelt es sich auch um eine Vollanmeldung der Forderung. Eine derartige Vollanmeldung entspricht in diesen Fällen dem Willen des Anmeldenden, der nur zum Ausdruck bringen will, daß er konkursmäßige Befriedigung für den Ausfall verlange, was sich nach dem Gesetz von selbst versteht 2). Anders dagegen, wenn der Gläubiger nur einen bestimmten Betrag ohne jeden Zusatz anmeldet und zur Feststellung bringen läßt. Er kann dies tun, denn er hat zwar ein Recht zur Vollanmeldung, ist jedoch nicht gezwungen, von diesem Recht auch Gebrauch zu machen. Zu einem solchen Vorgehen wird sich unter Umständen ein Gläubiger entschließen, der ein Absonderungsrecht in sicherer Höhe zu haben glaubt und daher nur noch den über diese Höhe hinausgehenden Betrag seiner Forderung anmeldet. Dieses Vorgehen ist für ihn aber nicht ungefährlich, da er sich bei der Beurteilung des Werts des Absonderungsgegenstandes verrechnen oder der Wert nachträglich sinken kann. Erweist sich der von ihm als sicher angenommene Wert z. B. als überschätzt, so muß er erneut anmelden, da die Feststellung in diesem Falle nur den angemeldeten Betrag erfaßt. Wenn dadurch ein neuer Prüfungstermin erforderlich wird, trägt er als verspätet anmeldender Gläubiger die Kosten. (§ 142 KO.) Voneinander scharf zu trennen sind die Feststellung der Konkursforderung und die Anerkennung des Absonderungsrechts. Die Feststellung der Forderung zur Tabelle mit ihrer Rechtskraftwirkung ist eine besondere Einrichtung des Konkurses. Auf Absonderungsrechte, die ja gerade außerhalb des Konkursverfahrens verfolgt werden, ist sie nicht erstreckt. § 144 KO. spricht daher auch nur von der Feststellung von Forderungen, nicht dagegen von Rechten und besonders von Absonderungsrechten 3). Wenn danach die Konkurstabelle nicht zur Anerkennung von Absonderungsrechten und zur Auskunft über solche Anerkennung bestimmt ist, muß sie sich nach allgemeinen Grundsätzen beurteilen. In der Praxis wird allerdings häufig durch einen besonderen Vermerk auf die Anerkennung des Absonderungsrechts hingewiesen. Die Anerkennung beurteilt sich aber auch dann nur nach den allgemeinen Grundsätzen und ist insbesondere der Feststellung mit Rechtskraftwirkung unzugänglich. Verfehlt ist es aber, aus der Feststellung der Forderung als Ausfall-

1) Jaeger, Konkurs und Treuhand 1933 S. 169.
2) RG. 139/86.
3) OLG. 15/242.

forderung auf die Anerkennung des Absonderungsrechts zu schließen, etwa so, daß der Verwalter ein Absonderungsrecht anerkenne, wenn er eine Ausfallforderung widerspruchslos feststellen lasse, da die Ausfallforderung als solche ein Absonderungsrecht voraussetze. Der Verwalter ist nicht gezwungen, sich im Prüfungstermin über die Anerkennung des Absonderungsrechts zu äußern 1) und kann daher trotz der Forderungsfeststellung das Absonderungsrecht bestreiten. Dieser Streit muß dann im Prozeßwege erledigt werden. Die Tabellenfeststellung schützt in diesem Falle beide Teile, den Verwalter und den Gläubiger, wie auch der Rechtsstreit ausgehen mag. Wird der Prozeß zugunsten des Gläubigers entschieden, dann ist die Masse geschützt, der Gläubiger hat tatsächlich nur eine Ausfallforderung, obsiegt dagegen der Verwalter, dann ist der Gläubiger geschützt, da die Feststellung als Ausfallforderung dennoch eine Feststellung der vollen Forderung enthält. Der Gläubiger ist einer erneuten Anmeldung, Prüfung und Feststellung enthoben 2). Allerdings ist der Verwalter nicht gehindert, schon anläßlich der Forderungsfeststellung auch das Absonderungsrecht anzuerkennen, und er wird das immer tun, wenn die Rechtslage unzweifelhaft für das Absonderungsrecht des Gläubigers spricht.

B. § 12: Ausfall bei der abgesonderten Befriedigung.

Der Absonderungsberechtigte kann seine volle Forderung geltend machen, nur hinsichtlich der Befriedigung aus der Konkursmasse ist er den Beschränkungen der vorherigen Verwertung des Absonderungsgegenstandes oder eines Verzichts auf abgesonderte Befriedigung unterworfen. Ueber diesen Verzicht in seinen sonstigen Voraussetzungen und Wirkungen wird erst später zu reden sein. Ausfall oder Verzicht sind Voraussetzungen einer konkursmäßigen Berücksichtigung des Gläubigers, gewissermaßen Bedingungen seiner Befriedigung aus der Masse. Das Reichsgericht 3) zählt allerdings die Ansprüche des Absonderungsberechtigten zu den aufschiebend bedingten Forderungen. Das ist aber zum mindesten ungenau. Nicht die Forderung des Gläubigers ist bedingt, denn sie bestand schon z. Zt. der Konkurseröffnung unbedingt und wird durch diese nicht zur bedingten 4). Höchstens kann man von einem Bedingungsverhältnis hinsichtlich der Befriedigung aus der Masse, des Bezugs der Dividende für die persönliche Forderung, sprechen. Andernfalls wäre die Regelung des § 168 Ziff. 3 KO. überflüssig. Die Zurück-

1) OLG. a. a. O.
2) RG. 139/86.
3) RG. 78/76.
4) Jaeger, LZ. 1917 Sp. 523 ff.

behaltung der Anteile hätte sich schon aus § 168 Ziff. 2 KO. ergeben Der Ausfall, für den der Gläubiger Konkursdividende zu beanspruchen hat, ist nicht ohne weiteres identisch mit dem Forderungsbetrag, in dessen Höhe er bei der Verwertung des Absonderungsgegenstandes keine Befriedigung erlangt. Das ergibt sich aus § 48 KO. Danach wird der Pfanderlös zunächst auf die Kosten, dann auf die Zinsen und zuletzt auf das Kapital angerechnet. Auf diese Weise genießt der Absonderungsberechtigte den Vorzug, auch Zinsen für die Zeit von der Konkurseröffnung bis zur Verwertung des Absonderungsgegenstandes in Ansatz bringen zu können 1). Sein Ausfall, für den er Befriedigung aus der Masse beanspruchen kann, ist also die Differenz zwischen Erlös nach Abzug der Zinsen und Kosten und seinem ganzen Forderungsbetrag. Den Ausfall bei der abgesonderten Befriedigung muß der Gläubiger nachweisen. Weist er ihn nicht bis zum Ablauf der Ausschlußfrist nach, dann wird die Forderung bei der vorzunehmenden Verteilung nicht berücksichtigt. § 153 KO.

C. § 13: Verzicht auf abgesonderte Befriedigung.

I. Allgemeine Begriffsauslegung.

Die zweite Möglichkeit einer Berücksichtigung als Konkursgläubiger kann der Absonderungsberechtigte dadurch herbeiführen, daß er auf abgesonderte Befriedigung verzichtet und so die seiner konkursmäßigen Befriedigung gesetzte Schranke beseitigt. Die ratio legis dieser Vorschrift ist, daß der Gläubiger nach seinem Verzicht der Masse kein Befriedigungsobjekt mehr vorenthält, sondern nur wie jeder andere Konkursgläubiger noch einen persönlichen Anspruch gegen den Gemeinschuldner hat. Der Gegenstand, der bisher dem Gläubiger als Sonderdeckung diente, wird durch den Verzicht der Masse und damit der Befriedigung aller Gläubiger wieder zugeführt. Ob allerdings der Verzicht auf abgesonderte Befriedigung der Masse immer einen Vorteil bringt, steht dahin, denn es ist damit zu rechnen, daß der Absonderungsberechtigte sein Absonderungsrecht nur aufgibt, wenn er wegen völliger Wertlosigkeit oder wegen der ihm vorgehenden Rechte anderer Gläubiger daraus doch keine Befriedigung erlangen würde. Dieser Umstand führt jedoch nicht zum Ausschluß seiner konkursmäßigen Berücksichtigung; das Gesetz fordert lediglich einen Verzicht auf das Absonderungsrecht, ohne einen Erfolg für die Masse sicherzustellen 2). Es genügt, daß er der gesetzlichen Vorschrift nachkommt, und dies tut er, wenn er die Konkurrenz zweier Befriedigungsmöglichkeiten beseitigt. Von Vorteil wird der Verzicht für die Masse dann sein, wenn der Absonderungsberechtigte aus dem

1) Jaeger § 48 Anm. 7/8.
2) Jaeger § 64 Anm. 15.

Grunde verzichtet, weil die Verwertung des Gegenstandes ihm zu lange dauert, und er befürchten muß, bis zum Ablauf der Ausschlußfrist einen Ausfall nicht nachweisen zu können, der Erlös aus dem Gegenstand aber nicht soviel verspricht, wie der Bezug der Dividende der ganzen Forderung. Indem das Gesetz einen Verzicht auf abgesonderte Befriedigung verlangt, gibt es zu erkennen, daß ein Verzicht lediglich auf die Ausübung des Rechts während des Konkurses unter Fortbestand des Rechts selbst die Schranke des § 64 KO. nicht aufhebt 1). Insoweit ist wenigstens der Gedanke, daß ein Verzicht der Masse zugutekommen soll, verwirklicht 2). Diesem Zweck würde aber der Absonderungsberechtigte zuwiderhandeln, der nicht auf das Recht, sondern nur auf seine Ausübung während des Konkurses verzichtete und sich nach Aufhebung des Konkurses auf den Fortbestand berufen würde. Der Absonderungsberechtigte kann auf das ganze Absonderungsrecht verzichten, er kann es auch für einen bestimmten Teilbetrag. Die Wahl steht bei ihm. Der Wortlaut des § 64 KO. scheint allerdings die Annahme zu stützen, daß er nur auf einen Teil verzichten könne. So spricht das Gesetz von einem Gläubiger, „welcher abgesonderte Befriedigung beansprucht und von dem Betrag, zu welchem er auf abgesonderte Befriedigung verzichtet". Aus der ersten Wendung könnte gefolgert werden, daß der Gläubiger abgesonderte Befriedigung „beanspruchen", also tatsächlich begehren müsse; die zweite Wendung wäre dann die logische Folge, daß nämlich der Gläubiger nur für einen Teilbetrag, nicht aber auf das ganze Absonderungsrecht verzichten könnte. Das ist aber nicht der Sinn des Gesetzes 3). Dies zeigt auch ein Blick in die Begründung des Entwurfs zu § 57 KO. Dort heißt es 4): „Die Konkursforderung des Absonderungsberechtigten kann festgestellt werden entweder durch Verzicht auf den Absonderungsanspruch . . .". Von einer Einschränkung auf einen bestimmten Betrag ist nicht die Rede. Noch deutlicher ist in dieser Hinsicht ein Satz auf S. 275 5): „Der Absonderungsgläubiger ist unzweifelhaft berechtigt, auf jeden Teil seines Absonderungsanspruchs Verzicht zu leisten. . . ." Wenn er aber auf jeden Teil seines Absonderungsrechts verzichten kann, kann er es auch für das ganze Absonderungsrecht.

1) Bleyer, § 64 Bem. 3a.
2) Bleyer, a. a. O.; Jaeger § 64 Anm. 14.
3) Jaeger § 64 Anm. 7.
4) S. 274, bei Hahn S. 256.
5) Bei Hahn S. 257.

II. Form und Wirkungen des Verzichts.

1. Vorhandensein eines Verzichtswillens.

Ueber die Form des Verzichts auf abgesonderte Befriedigung stellt die Konkursordnung eigene Bestimmungen nicht auf. Dieses Fehlen hat zu Streitfragen Anlaß gegeben. Während auf der einen Seite behauptet wird, jeder Verzicht könne formlos erklärt werden 1), ist die andere Seite der Ansicht, ein Verzicht müsse den Formvorschriften über die Aufgabe des Rechts entsprechen 2). Der zweiten Gruppe ist beizupflichten. Die erste Meinung könnte nur dann zutreffen, wenn es sich um einen Verzicht auf die Ausübung der abgesonderten Befriedigung handelte, und das die abgesonderte Befriedigung gewährende Recht selbst davon nicht betroffen würde. Das ist aber gerade nicht der Fall. Einen Verzicht im Sinne des § 64 KO. kann nur die endgültige Aufgabe der Belastung, die auch über den Konkurs hinaus Wirksamkeit hat, entsprechen 3). Daher entscheiden über den Verzicht auf abgesonderte Befriedigung diejenigen Vorschriften, die für einen Verzicht auf das aufzugebende Recht maßgebend sind 4). Gerade daraus, daß die Konkursordnung eigene Formvorschriften nicht aufstellt, muß geschlossen werden, daß die geltenden Vorschriften maßgebend bleiben sollen. Eine Abweichung von den bestehenden Bestimmungen für den Verzicht im Konkurse hätte besonderer Anerkennung bedurft. Wenn aber weder bei Schaffung der Konkursordnung noch bei der Novelle von 1898 eine Abweichung im Gesetze seinen Ausdruck gefunden hat, dann kann daraus nur der Schluß gezogen werden, daß eine Sonderregelung nicht beabsichtigt war. Daher sind für die Rechte an Grundstücken die §§ 875, 1168, 1175, 1178, 1183, 1192, 1199 BGB. (27, 29, 47 — § 46 der Fassung vom 5. August 1935 RGBl. I S. 1073 — GBO.), für das Mobiliarpfandrecht die §§ 1253, 1255, 1257 (1278, 1293) BGB. maßgebend. Die Ansicht von Wolff 5) und Schäfer 6), der Verzicht könne überall, auch wo es sich um grundbuchrechtliche Belastungen handele, formlos erklärt werden, findet im Gesetz keine Stütze. Allerdings ist zu berücksichtigen, daß in der formlosen, an sich formbedürftigen Verzichtserklärung eines Gläubigers die Uebernahme einer Rechtspflicht, das Recht aufzugeben, erblickt werden kann. Die Uebernahme einer solchen schuldrechtlichen Verpflichtung ist also noch kein Ver-

1) Wolff § 64 Bem. 6 S. 314. Schäfer, Seuff Bl. 71/211 ff.
2) Jaeger, § 64 Anm. 14; Bleyer § 64, Bem. 3.
3) Jaeger, § 64 Anm. 14.
4) Jaeger, a. a. O.
5) § 64 Bem. 6.
6) SeuffBlRA. 71/211 ff.

zicht im Sinne des § 64 KO. 1). Davon kann erst bei Erfüllung dieser Verpflichtung die Rede sein. Vor der Erfüllung ist daher der Konkursverwalter nicht verpflichtet, dem Gläubiger die Vorteile des Verzichtenden zu gewähren.

Aus der Tatsache, daß die Konkursordnung eigene Formvorschriften für den Verzicht nicht aufstellt, muß weiter der Schluß gezogen werden, daß überall dort, wo der Verzicht formlos erklärt werden kann, dies auch im Konkurse geschehen kann. Da der Verzicht eine Willenserklärung ist, unterliegt er den allgemeinen Vorschriften über Willenserklärungen. Den Willen, auf das Absonderungsrecht zu verzichten, kann der Absonderungsberechtigte durch konkludente Handlung erklären. Seine Verzichtserklärung liegt dann in seinem Verhalten. Zur Kundgabe des Verzichtswillens ist jedes Verhalten geeignet, das nach allgemeinen Verkehrsgrundsätzen einen sicheren Schluß auf den Rechtsaufgabewillen zuläßt. Aus der Begründung zu § 57 KO. sind Bedenken gegen einen stillschweigenden Verzicht nicht herzuleiten. Zwar heißt es dort auf S. 274 2), daß weder ein bedingter noch ein stillschweigender Verzicht annehmbar erscheine. Einen bedingten Verzicht hält die herrschende Lehre 3) mit der Begründung nicht für zulässig. Der bedingt verzichtende Absonderungsberechtigte würde sich erst nach Eintritt der Bedingung uneingeschränkt am Konkurse beteiligen können. 4). Ein anderes wäre mit dem Zweck des § 64 KO. und dem Sinn des Verzichts, endgültig klare Verhältnisse zu schaffen, nicht vereinbar. Hinsichtlich des stillschweigenden Verzichts kann aber die Aeußerung nur so verstanden werden, „daß ein stillschweigend vorhandener, aber nicht durch ein entsprechendes Verhalten erklärter Verzicht nicht beachtet werden könne 5)". In diesen Fällen, wo die Rechtsaufgabe formlos ist, hat der stillschweigende Verzicht den unmittelbaren Verlust des Rechts zur Folge; in den Fällen, wo dagegen eine besondere Form erforderlich ist, und daher ein stillschweigender Verzicht den Verlust des Rechts unmittelbar nicht zur Folge haben kann, wird dagegen zu prüfen sein, ob in dem Verhalten des Gläubigers die Uebernahme einer Rechtspflicht, auf das Recht zu verzichten, erblickt werden kann. Wie der Gläubiger eine solche Verpflichtung ausdrücklich übernehmen kann, kann er es auch stillschweigend. Welches Verhalten im einzelnen eine Verzichtserklärung darstellt, kann nicht generell entschieden werden.

---

1) Jaeger § 64 Anm. 15.
2) Hahn S. 255.
3) Jaeger, § 64 Anm. 15; Wolff § 64 Bem. 6; Petersen-Kleinfeller § 64 II 5.
4) Jaeger, a. a. O.
5) Schäfer, SeuffBlRA. 71/211 ff.

Möglicherweise kann der Absonderungsberechtigte in der vorbehaltlosen Anmeldung ohne Zusatz seinen Verzichtswillen erklären wollen. In der Regel wird das aber nicht der Fall sein. Abgesehen davon, daß der Verzicht an den Verwalter, die Anmeldung an das Konkursgericht geht, tut der Absonderungsberechtigte mit der uneingeschränkten Anmeldung weiter nichts, als das, wozu ihn das Gesetz berechtigt 1). Das gleiche gilt bei der Abstimmung in der Gläubigerversammlung zum mutmaßlichen Ausfall, den auch dies gestattet das Gesetz ihm ausdrücklich. (§ 96 KO.) Näher liegt der Schluß auf einen Verzichtswillen aber dann, wenn der Absonderungsberechtigte zum vollen Betrage abstimmt, denn hiermit überschreitet er seine gesetzlichen Befugnisse als absonderungsberechtigter Konkursgläubiger. Dazu ist er nur als einfacher Konkursgläubiger befugt. Sicher ist aber ein Schluß auf den Verzichtswillen auch hier nicht, da der Absonderungsberechtigte an der Vollabstimmung unter Umständen ein Interesse haben kann 2). Ist es in diesen Fällen mangels näherer Umstände zweifelhaft, ob durch das jeweilige Verhalten der Absonderungsberechtigte einen Verzichtswillen hat zum Ausdruck bringen wollen, so kann der Konkursverwalter ihn zur Stellungnahme auffordern und die Frage klären. Schaden erleidet die Konkursmasse durch das Verhalten des Absonderungsberechtigten nicht, denn bevor nicht Ausfall oder Verzicht feststehen, werden an den Absonderungsberechtigten keine Zahlungen geleistet. Seine Anteile werden zurückbehalten, und auch sie verfallen, wenn bis zum Ablauf der Ausschlußfrist nicht der Nachweis eines Ausfalls oder Verzichts erbracht wird.

2. Fehlen eines Verzichtswillens.

a) Standpunkt der Rechtsprechung.

Von größter praktischer Bedeutung ist die Frage nach dem Verzicht durch schlüssige Handlung dort, wo ein Verhalten nach außen hin als Verzicht aufgefaßt werden muß, der Absonderungsberechtigte einen Verzichtswillen tatsächlich aber nicht hatte, vielleicht sogar einen Vorbehalt seiner Rechte gemacht hatte. Mit derartigen Fällen haben sich die Gerichte bis in die jüngste Zeit oftmals zu beschäftigen gehabt, ohne daß es bis heute zu einer einheitlichen Auffassung in Lehre und Rechtsprechung gekommen wäre. Die Entscheidungen zu dieser Frage sind sämtlich für das Gebiet des Zwangsvergleichs ergangen. Der Streitstand läßt sich in zwei Fragen zusammenfassen:

1. Welche Wirkung haben bei fehlendem Verzichtswillen Vollab-

1) Jaeger § 64 Anm. 16; Schäfer Seuff BlRA. 71/211 ff.; LZ. 1914/1046.
2) Jaeger § 64 Anm. 16.

stimmung im Zwangsvergleichstermin und vorbehaltlose Annahme der Zwangsvergleichsrate auf das Absonderungsrecht?

2. Welche Wirkung haben sie, wenn sich der Gläubiger ausdrücklich seine Rechte aus dem Absonderungrecht vorbehält?

Zur Lösung bedarf es eines Eingehens auf das Wesen des Zwangsvergleichs.

Sedes materiae ist der § 193 KO. Er bestimmt:

„Der rechtskräftig bestätigte Zwangsvergleich ist wirksam für und gegen alle nicht bevorrechtigten Konkursgläubiger, auch wenn dieselben am Konkursverfahren nicht teilgenommen oder gegen den Vergleich gestimmt haben. Die Rechte der Gläubiger gegen Mitschuldner und Bürgen des Gemeinschuldners, sowie die Rechte aus einem für die Forderung bestehenden Pfandrecht, aus einer für sie bestehenden Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld oder aus einer zu ihrer Sicherung eingetragenen Vormerkung werden durch den Zwangsvergleich nicht berührt".

Nach herrschender Lehre ist der Zwangsvergleich ein Vertrag zwischen dem Gemeinschuldner und den nicht bevorrechtigten Konkursgläubigern 1), durch welchen die Forderungen der Gläubiger auf einen bestimmten Betrag ermäßigt oder nur gestundet werden. Dieser Teilerlaß oder Teilverzicht bringt die Forderung aber für den erlassenen Teil nicht völlig zum Erlöschen. Der herrschenden Lehre entspricht es weiter, in dem erlassenen Teil eine Naturalobligation zu erblicken. Die Bestätigung für diese Auffassung kann aus § 193 Satz 2 KO. entnommen werden, der die Weiterhaftung Dritter und bestehender Sicherungsrechte bestimmt. Das Zurückbleiben einer Naturalobligation ist die gewöhnliche Wirkung des Zwangsvergleichs. Darüber hinaus kann im Einzelfall auch ein vollkommener Verzicht gewollt sein. Eine derartige Vereinbarung ist möglich 2), sie kann aber nur dann angenommen werden, wenn sich aus den Umständen eine derartige Absicht der Parteien zweifelsfrei ergibt. Formulierungen wie: „Verzicht auf den Forderungsrest, Erlaß des Forderungsrechts, Verzicht auf Erfüllung" usw. bieten regelmäßig für sich allein keinen Anhaltspunkt für eine von dem Normalfall des Zwangsvergleichs abweichende Vereinbarung. In ihnen kommt lediglich der jedem Zwangsvergleich innewohnende Vertragsinhalt zum Ausdruck 3). Liegt aber ausnahmsweise eine solche Ver-

1) Jaeger § 173 Anm. 8; Wolff § 173 Bem. 2; Bleyer § 173 Bem. 1; RG. 77/405; LZ. 1908/Sp. 608; 1914 Sp. 494.
2) LZ. 1914 Sp. 494.
3) LZ. 1914 Sp. 697.

einbarung vor, dann enthält sie auch auch insoweit einen Verzicht auf das Absonderungsrecht, wenn nicht schon der Fortbestand des Rechtes für den Gläubiger wegen Erlöschens der Forderung überhaupt ausgeschlossen ist 1).

In den Fällen, die zur Entscheidung der Gerichte standen, handelte es sich um solche, in denen ein Verzicht auf die Naturalobligation nicht vorlag, ein Weiterbestehen der Absonderungsrechte unter diesem Gesichtspunkte also anzunehmen war.

Am 7. 3. 1896 2) hatte das Reichsgericht einen Rechtsstreit zu entscheiden, in welchem der Absonderungsberechtigte zum vollen Betrage seiner Forderung beim Zwangsvergleich mitgestimmt hatte, gegenüber dem Gemeinschuldner und dem Konkursverwalter aber erklärt hätte, daß er sein Absonderungsrecht nicht aufgebe. Das Reichsgericht entschied dahin, daß ein Verzicht nicht vorliege, weil der Gläubiger ausdrücklich einen Vorbehalt gemacht und nie einen Verzichtswillen bestätigt habe.

Am 23. 11. 1895 3) verneinte das Reichsgericht einen Verzicht bei Bezug der vollen Vergleichsquote, weil „für die Bedeutung und Wirkung der Zahlung der übereinstimmende Wille von Gläubiger und Schuldner entscheidend sei", und ein solcher nicht vorgelegen habe. Diese Wendung von dem übereinstimmenden Willen ist der Kernpunkt der Entscheidung. Auf sie haben sich spätere Entscheidungen — wenn auch nicht immer ausdrücklich — gestützt, z. B. RG. vom 14. 2. 1906 4). Diese Entscheidung betont noch besonders, daß ein vor Annahme der Rate erklärter, bei der Annahme aber nicht wiederholter Vorbehalt vermuten lasse, die Annahme sei auch nur unter dem Vorbehalt erfolgt 5). An dieser Linie hält auch das Reichsgericht an seiner neuesten zu diesem Streit ergangenen Entscheidung fest 6). Hier hatte die Gläubigerin voll abgestimmt und die ganze Vergleichsquote von 40 Prozent bezogen. Das Reichsgericht erklärt dazu, die tatsächlichen Umstände sprächen gegen einen Verzichtswillen, weil die Gläubigerin der Gemeinschuldnerin gegenüber einen Vorbehalt gemacht habe.

Diesen Entscheidungen stehen eine Reihe anderer gegenüber, in denen ein Verzicht in schlüssigem Verhalten angenommen worden ist.

---

1) LZ. 1914 Sp. 494.
2) RG. 37/14 ff.
3) JW. 1896 S. 35 Nr. 26.
4) JW. 1906 S. 205 Nr. 27.
5) Im Ergebnis wie diese Entscheidungen: JW. 1900 S. 344 ff.; LZ. 1908 Sp. 607; JW. 1928 S. 2140 Nr. 26; für das Gebiet der Geschäftsaufsicht.
6) RG. v. 21. 3. 1930; Konkurs und Treuhand 1930 S. 86 Nr. 6.

Die ältesten dieser Entscheidungen 1) beziehen sich noch auf das Preußische Recht. Die Rechtslage bei ihnen wich allerdings insofern von der heutigen ab, als nach § 185 Abs. 2 pr. KO. von 1855 die Gläubiger, die an der Beschlußfassung über den Akkord teilnehmen wollten, auf ihr Absonderungsrecht verzichten mußten. Doch sind die Entscheidungen noch heute für die Beurteilung der Streitfrage wertvoll, besonders die des Reichsgerichts 2), das zwar auch hier von einem übereinstimmenden Zahlungswillen spricht, aber bereits zu dem bemerkenswerten Ergebnis gelangt, daß der Gläubiger, der die ihm vom Schuldner in erkennbarem rechtsgeschäftlichem Willen angebotene Zahlung ohne Widerspruch annehme, nach Treu und Glauben „als mit jenem Willen einverstanden zu erachten sei".

Noch weiter geht das Urteil des Reichsgerichts vom 3. 10. 1893 3), wenn es sagt: „Ob der Absonderungsberechtigte, der am Zwangsvergleichsverfahren teilgenommen hat, auf sein Pfandrecht verzichten wollte, braucht in solchen Fällen, wo dessen Forderung durch die in Empfang genommene Zahlung getilgt worden ist, nicht geprüft zu werden".

Das zeitlich allerdings vor der erwähnten Entscheidung liegende Erkenntnis des Reichsgerichts vom 18. 9. 1886 4) gründet die Entscheidung darauf, daß in dem Verhalten „die Beklagten den Willen, ihre Befriedigung als Konkursgläubiger mit Aufgabe des Sonderrechts zu suchen, genugsam zum Ausdruck gebracht haben".

In diesem Sinne ist auch die Entscheidung des Reichsgerichts vom 7. 12. 1906 5) zu verstehen, die ausführt, daß das Verhalten der Gläubigerin, die den Konkursverwalter zur Anerkennung zwang, daß der Wert des Absonderungsgegenstandes einen bestimmten Betrag nicht übersteige, zum Ausdruck bringe, sie wolle für den darüber hinausgehenden Betrag der Forderung als Konkursgläubigerin Befriedigung aus der Masse suchen und insoweit auf ihr Absonderungsrecht verzichten. Von dieser Wahl könne sie nicht nachträglich wieder abgehen.

In dem Urteil des Reichsgerichts vom 15. 11. 1911 6) taucht eine völlig neue Begründung auf. Das Reichsgericht beruft sich hier auf die Vertragsnatur des Zwangsvergleichs und hebt hervor, daß ein Vorbehalt daher wirkungslos sei, wenn er nur dem Verwalter oder

1) RG. 1/183. StriethArch. 100/271; Gruch. 23/481.
2) RG. 1/183.
3) SeuffertsA. 50/483.
4) RG. 16/71.
5) RG. 64/428.
6) RG. 77/407.

dem Gemeinschuldner gegenüber geltend gemacht sei. Sämtliche Konkursgläubiger seien Vertragsgegner, und der Vorbehalt müsse daher zu ihrer Kenntnis gelangen und von ihnen gebilligt werden, da ein solcher Vorbehalt des Rechts seitens eines einzelnen Gläubigers für sie keineswegs gleichgültig sei. An anderer Stelle sagt es inbezug auf einen Vorbehalt, den der Gläubiger vor dem Zwangsvergleichstermin gegenüber dem Gemeinschuldner gemacht hatte: „Im Termine selbst hat er diesen Vorbehalt auch dem Kläger gegenüber nicht wiederholt, und es besteht also auch zugunsten des Klägers die vorerwähnte Vermutung, daß er ihn zuletzt aufgegeben hat". Ein Vergleich dieser Entscheidung mit der in JW. 1906/205 zeigt den Widerspruch der Entscheidungen des Reichsgerichts über die Frage des stillschweigenden Verzichts auf abgesonderte Befriedigung besonders deutlich. In dieser bereits an anderer Stelle erwähnten Entscheidung hat das Reichsgericht den gegenteiligen Standpunkt eingenommen und wörtlich erklärt: „So läßt sich die Folgerung nicht abweisen, daß die Klägerin, auch wenn sie diesen Vorbehalt bei der Annahme der Rate nicht wiederholt haben sollte, die Zahlung nur unter dem Vorbehalt ihrer Restforderung angenommen hat". Diese Entscheidungen sind miteinander grundsätzlich unvereinbar. Wenn auch in diesen beiden Urteilen der Widerspruch scharf zutage tritt, so sind sie doch bezeichnend für die Rechtsprechung zu dieser Frage.

Mit dieser letzten Gruppe von Entscheidungen, die einen Verzicht bejahen, stimmt auch das Urteil des Reichsgerichts vom 30. November 1928 1) überein 2).

b) Standpunkt der Rechtslehre.

Auch in der Rechtslehre besteht über die Streitfragen keine Einmütigkeit.

Die ältere Lehre steht durchweg auf dem Standpunkt, daß es auf den Verzichtswillen ankomme, daß aber in dem Bezug der Zwangsvergleichsrate oftmals ein solcher Wille zum Ausdruck komme. So heißt es bei Petersen-Kleinfeller 3): „In vorbehaltloser Annahme der Zwangsvergleichssumme muß vielmehr regelmäßig ein Verzicht auf das Absonderungsrecht gefunden werden, wenn nicht der Mangel des Verzichtswillens aus den Umständen erhellt".

Ebenso äußern sich v. Wilmowski-Kurlbaum 4): „Ob schon das Mitstimmen im Zwangsvergleichsverfahren einen Verzicht enthält,

---

1) Konkurs und Treuhand, 1929, S. 23 Nr. 1.
2) Weitere Beispiele aus der Rechtsprechung LZ. 1908 Sp. 607; 1914 Sp. 1046; 1914 Sp. 697; 1915 Sp. 385; 1910 Sp. 158; = Gruch. 54/1168.
3) § 64 I 4.
4) § 64 Bem. 6.

ist Sache tatsächlicher Würdigung und ist in der Regel nicht anzunehmen. Aus der vorbehaltlosen Annahme der Akkordquote folgt noch nicht notwendig ein Verzicht auf das Absonderungsrecht. Vermöge der rechtsgeschäftlichen Natur der Zahlung ist für Bedeutung und Wirkung des Zahlungsaktes der übereinstimmende Wille von Gläubiger und Schuldner entscheidend. Grundsätzlich ist danach in jedem Falle zu untersuchen, ob der Gläubiger mit Annahme der Akkordrate sein Absonderungsrecht aufgeben wollte".

Stieglitz 1) hält im Anschluß an die Motive einen stillschweigenden Verzicht überhaupt für ausgeschlossen, und erklärt 2), in der Anmeldung der Forderung, in der Teilnahme an Gläubigerversammlungen und in der Abstimmung beim Zwangsvergleich sei kein Verzicht zu finden.

v. Sarwey-Bossert 3) erblicken dagegen in der vorbehaltlosen Annahme der Zwangsvergleichsdividende einen Verzicht, da hierdurch die Forderung des Gläubigers getilgt werde.

In der neueren Literatur darf der Standpunkt Wolffs 4) als besonders streng bezeichnet werden. Er führt dort aus: „Einen Verzicht gibt der Gläubiger nur ab, wenn er ein Recht aufzugeben beabsichtigt, das Verschweigen einer Befugnis zur Erlangung eines Vermögensvorteils kann als Betrug strafbar sein, die Strafe der Arglist besteht aber nicht in dem Verlust des Absonderungsrechts, und zivilrechtlich hat die Arglist oder der Empfang ohne Rechtsgrund nur die Rückgabe des zu Unrecht empfangenen Gegenstandes und gegebenenfalls eine Erstattung des Schadens zur Folge." Damit bekennt er sich grundsätzlich zu der Ansicht, daß gegen den Willen des Absonderungsberechtigten ein Verlust des Rechts nicht möglich sei.

Nach Bleyer 5) kommt es für die Beurteilung eines Verzichts auf die Umstände des Falles an; Regeln ließen sich nicht aufstellen.

Mentzel 6) enthält sich einer Stellungnahme und beschränkt sich auf die Wiedergabe der besprochenen widerspruchsvollen Entscheidungen.

Jaeger 7) weicht von den bisherigen Ansichten weit ab. Der Absonderungsberechtigte habe die Wahl, Befriedigung als Konkursgläubiger entweder für den bei der Verwirklichung des Absonderungs-

1) § 57 Bem. II.
2) Stieglitz, a. a. O. Anm. b.
3) § 57 Nr. 3.
4) § 64 Bem. 6.
5) § 64 Bem. 3a.
6) § 64 Bem. 3a.
7) LZ. 1917/Sp. 523 ff.

rechts erlittenen Ausfall oder für den Betrag des Verzichts auf abgesonderte Befriedigung zu suchen. Eine dritte Möglichkeit gebe es nicht. Beziehe er also die Vergleichsrate, die ihm nur als Konkursgläubiger gebühre, dann gebe er damit sein Absonderungsrecht auf. „Eine andere Deutung läßt das Gesetz garnicht zu." Weiter unten heißt es: „Der persönliche Anspruch ist in Höhe der gezahlten Vollrate durch Erfüllung erloschen und besteht im übrigen als unerzwingbare, aber erfüllbare Forderung weiter. Da der Gläubiger die gesetzliche Wahl zwischen unbeschränkter Geltendmachung des persönlichen Anspruchs und die Verwirklichung des Absonderungsrechts im ersteren Sinne ausgeübt hat, und die Ausübung wegen eines bloßen Irrtums über die Rechtsfolge nicht umgestoßen werden kann, muß er sich als verzichtend behandeln lassen und, soweit der Verzichtsvollzug noch ausdrückliche Erklärungen nötig machte, auch diese unter dem Gesichtspunkt einer auf nachträglichem Wegfall des rechtlichen Grundes beruhenden Bereicherung (condictio causam finita § 812 Abs. 1 Satz 2 Fall 1 BGB.) vornehmen". Mit dieser Ansicht decken sich auch seine Ausführungen in der neuesten Auflage seines Kommentars 1). Das Verhalten des Absonderungsberechtigten müsse unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben beurteilt werden. Der Absonderungsberechtigte habe die Quote nur als Konkursgläubiger zu beanspruchen, als solcher sei er aber nur in Höhe des Ausfalls oder Verzichts zu berücksichtigen. Liege ein Verzicht nicht vor, so habe er die Quote erst nach Feststellung des Ausfalls zu beanspruchen. Es gebe eine Abstimmung, aber keine Befriedigung für den „mutmaßlichen Ausfall". Die Reihenfolge des § 64 KO. sei zwingend vorgeschrieben.

In der Begründung verschieden, aber im Ergebnis im wesentlichen mit Jaeger übereinstimmend, ist die Ansicht von Rühl 2). Er geht davon aus, daß Schwierigkeiten beim stillschweigenden Verzicht erst dort auftreten, wo in zahlreichen Fällen es überhaupt am Verzichtswillen und Verzichtserklärung fehle. Das Reichsgericht, das in der Verzichtslehre stark mit Fiktionen arbeite, fingiere hier vielfach Verzichtswillen und Verzichtserklärung, wobei es übrigens mehr Wert bald auf die Erklärung, bald auf den Willen lege. Aus seinem Satz: „Eine grundsätzliche, ganz allgemein passende Lösung bietet nur die Annahme, dem Verzicht auf ein verzichtbares Recht sei das willkürliche Verhalten eines Rechtssubjekts gleichzustellen, mit dem bei objektiver Würdigung ein Fortbestand des Rechts unvereinbar ist", leitet er den Schluß ab, daß eine solche dem Verzicht gleichstehende

1) § 64 Anm. 16.
2) JW. 56/188 ff.

Unvereinbarkeit noch nicht vorliege, wenn der Rechtsträger nur vorbereitende, nicht endgültige Maßnahmen treffe. Aus dieser Einstellung heraus hält er grundsätzlich weder die Anmeldung der gesamten Forderung, noch die Vollabstimmung während des Verfahrens für einen Verzicht, wohl aber den Bezug der Konkurs- oder Vergleichsquote, ohne Rücksicht auf einen etwaigen Vorbehalt. Während also nach Jaeger der Gläubiger sich als verzichtend behandeln muß, wenn das Gesetz eine andere Deutung seines Verhaltens nicht zuläßt, stellt Rühl einem wirklich erklärten Verzicht ein Verhalten gleich, mit dem der Fortbestand des Rechts unvereinbar ist.

Diese Ansichten sind im Ergebnis nicht so verschieden wie in der Begründung. Nach der Ansicht Rühls 1) führt die Vollabstimmung nie zum Verlust des Rechts, ein derartiges Verhalten sei als vorbereitende Handlung mit dem Fortbestand nicht unvereinbar, nach Jaeger 2) ist ein Verzicht in der Vollabstimmung unter Umständen doch zu finden. Hinsichtlich des Bezugs der Quote sind sich beide einig, daß dieses Verhalten mit dem Fortbestand des Rechts unvereinbar sei, daß das Gesetz eine andere Deutung nicht zulasse. Ein Vorbehalt ändert bei Rühl an der Unvereinbarkeit des Verhaltens mit dem Fortbestand des Rechts nichts, bei der Ansicht Jaegers muß sie als wirkungslos bezeichnet werden, da in solchen Fällen immer das Verhalten stärker ist. Die Formulierung Rühls hat noch den Vorteil, daß sie durch Hinzunahme des Moments der Willkürlichkeit ohne weiteres die Fälle vom Verzicht ausnimmt, in denen der Berechtigte keine Kenntnis von seinem Absonderungsrecht hat 3).

c) Eigener Standpunkt.

Dem Zweck des Gesetzes kann nur ein Ergebnis im Sinne von Jaeger und Rühl gerecht werden. Auf den Willen der Parteien kann es nicht ankommen; die Rechtsunsicherheit würde dadurch noch vermehrt. Das Gesetz schreibt die Reihenfolge der Befriedigung absonderungsberechtigter Konkursgläubiger zwingend vor. § 64 KO. gilt auch beim Zwangsvergleich. Danach können Absonderungsberechtigte konkursmäßige Befriedigung nur nach Feststellung des Ausfalls oder Verzichts verlangen. Liegt weder das eine noch das andere vor, dann werden sie vorläufig nicht berücksichtigt. Wollte man von Fall zu Fall auf den Willen abstellen, so würde man damit dem Absonderungsberechtigten grundsätzlich die Möglichkeit einräumen, die zwingende Norm des § 64 KO. umzustoßen, zumal auch die Rechtsprechung dem Schuldner die Rückforderung der Zah-

1) S. 191.
2) § 64 Anm. 16.
3) Rühl S. 190; vergl. LZ. 1914/1046.

lungen versagt 1). Eine solche Macht kann aber dem Absonderungsberechtigten nicht zugebilligt werden. Mit Recht hat daher bereits RG. 1/186 betont, daß ein solches Verhalten des Absonderungsberechtigten mit Treu und Glauben nicht vereinbar sei. Der Wille, der einem auf einen Verzicht hindeutenden Verhalten entgegensteht, muß daher als unbeachtlich bezeichnet werden, denn der Zweck des § 64 KO. macht die alleinige Maßgeblichkeit des äußeren Verhaltens zur Notwendigkeit. Das zwingt zur Verwendung von Fiktionen. Rechtsprechung und Lehre bedienen sich ihrer auf dem hier behandelten Gebiet längst, ohne dies allerdings immer hervorzuheben, wie die angegebenen Entscheidungen und Lehrmeinungen gezeigt haben. Ein Vorwurf kann daher in der Kritik Rühls 2) an der Rechtsprechung des Reichsgerichts umsoweniger gefunden werden, als Rühl selbst mehr oder weniger mit einer Fiktion arbeitet.

Es fragt sich nur, wie das Verhalten des Berechtigten beschaffen sein muß, damit eine Fiktion aufgestellt werden kann. Hierüber kann nur der Zweck des § 64 KO. und die Rücksicht auf die ungesicherten persönlichen Konkursgläubiger entscheiden. Diese Rücksicht erfordert eine strenge Behandlung des Absonderungsberechtigten. Mit den Interessen der nur persönlichen Gläubiger ist allein die Stellungnahme vereinbar, einen Verzichtswillen durch ein Verhalten des Absonderungsberechtigten bereits dann zu fingieren, wenn er Befugnisse ausübt, die ihm nur als gewöhnlichem Konkursgläubiger, nicht aber als absonderungsberechtigtem Konkursgläubiger zustehen. Dies tut er regelmäßig schon dann, wenn er bei der Abstimmung sich mit seiner vollen Forderung beteiligt. Abstimmen kann er nach § 96 KO. nur mit dem mutmaßlichen Ausfall. Stimmt er demnach mit dem vollen Betrage ab, so geht er über seine gesetzlichen Befugnisse hinaus und muß sich gefallen lassen, daß die Ausübung derartiger Befugnisse, die ihm nur bei Vollausfall oder Verzicht zustehen würden, als Verzicht gewertet wird 3). Allerdings hat das Reichsgericht 4) dem Absonderungsberechtigten bis zum Widerspruch ein Vollabstimmungsrecht zugebilligt, jedoch gegen den Wortlaut des § 96 KO., der ihm nur ein Stimmrecht in Ansehung des mutmaßlichen Ausfalls gewährt 5). Da es hier lediglich auf die Tatsache der unbefugten Vollabstimmung ankommt, ist es gleichgültig, welchen Einfluß sie auf das Ergebnis der Abstimmung hatte. Nach dem Gesagten ergibt sich von selbst,

1) RG. 78/76.
2) S. 189.
3) s. dazu RG. in Gruch. 54/1168; = LZ. 1910/158
4) RG. 37/16
5) Jaeger § 96 Anm. 1; Wolff § 96 Bem. 1; a. A. Mentzel, § 64 Bem. 3.

daß dasselbe von dem Bezug der Zwangsvergleichsquote gelten muß. Der Gläubiger entnimmt hier eine Zahlung aus dem Schuldnervermögen, auf die er nur nach Ausfall oder Verzicht Anspruch hat. Bei einem solchen Verhalten muß, wenn es willkürlich, d. h. in Kenntnis des Absonderungsrechts erfolgt 1), der Verzichtswille fingiert werden, und der Absonderungsberechtigte ist so zu behandeln, als ob er ausdrücklich verzichtet hätte.

De lege ferenda wäre hier allerdings eine Klärung durch den Gesetzgeber dringend wünschenswert. Die Streitfragen in dieser Richtung wären im Sinne einer die Interessen der nur persönlichen Gläubiger fördernden, den Belangen der Absonderungsberechtigten genügend Rechnung tragenden Regelung zu beseitigen durch die Aufnahme einer Bestimmung etwa des Inhalts:

„Das Mitstimmen zum vollen Forderungsbetrage oder die Annahme der teilweisen oder ganzen Zwangsvergleichsquote gelten als Verzicht auf das Absonderungsrecht."

1) LZ. 1914 Sp. 1046.

Literaturverzeichnis

Adler, Die Einwirkung der Wechselbegebung auf das kausale Schuldverhältnis. ZHR. 64/127 ff.

Baumbach, Zivilprozeßordnung. 6. Aufl. Berlin 1931.

Bleyer, Die Konkursordnung für das Deutsche Reich. 3. Aufl. München 1928.

Bruck, Das Privatversicherungsrecht. Mannheim-Berlin-Leipzig 1930.

Endemann, Das deutsche Konkursverfahren. Leipzig 1889.

Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Allgemeiner Teil 13. Bearb. Marburg 1931.

Enneccerus-Lehmann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Schuldverhältnisse. 12. Bearb. Marburg 1932.

Enneccerus-Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Sachenrecht. 8. Bearb. Marburg 1932.

Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht. III. Bd. 7. Aufl. Berlin 1896.

Fischer, Die Versicherung für fremde Rechnung in der Schadensversicherung. Diss. iur. Leipzig 1913.

Fitting, Das Reichskonkursrecht. 2. Aufl. Berlin-Leipzig 1881.

v. Gierke, Deutsches Privatrecht. III. Bd. München-Leipzig 1917.

v. Gierke, Schuld und Haftung im älteren deutschen Recht. Breslau 1910, in Unters. zur dt. Staats- und Rechtsgeschichte, H. 100.

Hahn, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, Bd. IV. Konkursordnung. Berlin 1881.

Hahn-Mugdan, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen Bd. VI. Handelsgesetzbuch. 1897.

Hellmann, Lehrbuch des deutschen Konkursrechts. Berlin 1907.

Herling, Konkursrechtliche Schranken der Aufrechenbarkeit, in Leipzig. Rechtswiss. Studien, H. 68. Leipzig 1932.

Hilker, Die Aufrechnung im Konkurse des Schuldners. Diss. iur. Leipzig 1906.

Holzschuher, Theorie und Casuistik des gemeinen Zivilrechts. II. Bd. Leipzig 1864.

Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung. I. Bd. 6./7. Aufl. Berlin-Leipzig 1931. II. Bd. 6./7. Aufl. 1. Liefg. 1933. 2. Liefg. 1934. 3. Liefg. 1935. Berlin-Leipzig. II. Bd. 3./4. Aufl. Berlin 1913.

Jaeger, Lehrbuch des deutschen Konkursrechts. 8. Aufl. Berlin-Leipzig 1932.

Jaeger, Absonderungsrecht und Zwangsvergleich. LZ. 1917 Sp. 523 ff.

Jaeger, Aus der Praxis der Aufsichtsverordnung, LZ. 1919 Sp. 1048 ff.

Jaffé, Der Eigentumsvorbehalt beim Kauf. Diss. iur. Leipzig 1910.

Josef, Das Absonderungsrecht des Haftpflichtgläubigers im Konkurse des Haftpflichtversicherten. JheringsJ. 56/159 ff.

Kiesow, Gesetz über den Vergleich zur Abwendung des Konkurses. 4. Aufl. München-Berlin-Leipzig 1932.

Kirchberger, Der Einfluß des Konkurses auf schwebende Versicherungsverhältnisse. ZHR. 68/147 ff.

Klausing, Wechsel- und Scheckrecht. Berlin-Wien 1930.

Klausing, Die Zahlung durch Wechsel und Scheck, in Marb. Arb. z. Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht. H. 21. Marburg 1919.

Kisch, Grundriß des deutschen Konkursrechts. 10./11. Aufl. Mannheim-Berlin-Leipzig 1932.

Kisch, Handbuch des Versicherungsrechts. III. Bd. Die Lehre vom Versicherungsinteresse. München-Berlin-Leipzig 1922.

Kisch, Erweiterung des Absonderungsrechts im Konkurse? Jud. 1933 Sp. 321 ff.

Koch, Die preußische Konkursordnung. Berlin 1867.

Kohler, Leitfaden des deutschen Konkursrechts. 2. Aufl. Stuttgart 1903.

Kohler, Lehrbuch des deutschen Konkursrechts. Stuttgart 1891.

Kreß, Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts. München 1929.

Kunze, Der Eigentumsvorbehalt nach § 455 BGB. Diss. iur Leipzig 1913.

v. Landmann-Rohmer, Kommentar zur Gewerbeordnung. II. Bd. 1. Teil. 8. Aufl. München 1930.

Lenné, Das Versicherungsgeschäft für fremde Rechnung, in Marb. Arbeiten. . . . H. 9. 1911.

Lilienthal, Die Uebereignung zum Zwecke der Sicherung. DJZ. 1902 S. 541 ff.

Lipschitz, Welchen Einfluß hat die Präjudizierung eines zahlungshalber gegebenen Wechsels oder Schecks auf die zugrundeliegende Kausalforderung? Gruch-Beitr. 70/482 ff.

Lutz, Protokolle der Kommission zur Beratung eines Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches. 3. Teil mit Beil. Bd. Würzburg 1858, 8. Teil Würzburg 1863.

Mayr, Die Besteller von Wertpapieren im Konkurse des Einkaufskommissionärs. Diss. iur. Leipzig 1931.

Mentzel, Kommentar zur Konkursordnung. München-Berlin 4. Aufl. 1932.

Meuret, Das Absonderungsrecht des Haftpflichtgläubigers im Konkurse des Haftpflichtversicherten. LZ. 1908 Sp. 900 ff.

Oetker, Konkursrechtliche Grundbegriffe. Bd. I. Die Gläubiger. Stuttgart 1891.

Petersen-Kleinfeller, Konkursordnung für das Deutsche Reich. 4. Aufl. Lahr 1900.

Ritter, Das Recht der Seeversicherung. Ein Kommentar zu den Allgemeinen Seeversicherungsbedingungen. I. Bd. Hamburg 1922.

Rubin, Der Eigentumsvorbehalt im Konkurs- und Vergleichsverfahren. Diss. iur. Freiburg 1933.

Rühl, Vergleichsordnung und Verkauf unter Eigentumsvorbehalt. ZZP. 56/154 ff.

v. Sarwey-Bossert, Die Konkursordnung für das Deutsche Reich. 3. Aufl. Berlin 1896.

Schäfer, Voraussetzungen der freihändigen Veräußerung von Grundstücken im Konkurse. Wirkung derselben auf Absonderungsrechte, insbesondere Hypotheken. Verzicht auf Absonderungsrecht. SeuffBlRA. 71/205 ff.

Schloß, Die Rechte der Versicherten an der Prämienreserve nach dem Gesetz für die privaten Versicherungsunternehmungen. Diss. iur. Erlangen 1904.

Schreiber, Schuld und Haftung als Begriffe privatrechtlicher Dogmatik. I. Bd. 1914.

v. Schruttka-Rechtenstamm, Die Kompensation im Konkurse nach österreichischem Recht und mit Berücksichtigung der konkursrechtlichen Normen des Deutschen Reiches. Berlin 1881.

Seuffert, Deutsches Konkursprozeßrecht. Leipzig 1899.

Seuffert, Die konkursrechtlichen Vorschriften des Reichsgesetzes über den Versicherungsvertrag. LZ. 1909 Sp. 97 ff.

Seuffert-Walsmann, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. II. Bd. 12. Aufl. München 1933.

Staub-Stranz, Kommentar zum Wechselgesetz. 13. Aufl. Berlin-Leipzig 1934.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. II. 9. Aufl. München-Berlin-Leipzig 1930.

Stein-Jonas, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. II. Bd. 15. Aufl. Tübingen.

Stern, Die Schuldverschreibungsgläubiger im Konkurse der Hypothekenbank. Diss. iur. Würzburg 1904.

Stieglitz, Die Konkursordnung für das Deutsche Reich. Freiburg i/Br. 1887.

Thibaut, Ueber die unbestimmte Verbindung eines Generalpfandes mit einem Spezialpfande. ArchZivPr. 17/1 ff.

Türk, Sicherungsübereignung und Eigentumsvorbehalt. Konkurs- und Treuhand 1928 S. 22 ff.

Weigelin, Das Recht zur Aufrechnung als Pfandrecht an eigener Schuld. Hannover 1904.

v. Wilmowski-Kurlbaum-Kühne, Deutsche Reichskonkursordnung. 6. Aufl. Berlin 1906.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. I. Bd. 1900. III. Bd. 1901. 8. Aufl. Frankfurt a/M.

Wolff, Die Konkursordnung. 2. Aufl. Berlin-Leipzig 1921.

Wolff, Das Absonderungsrecht im Konkurse. Berlin 1892.

Wolff, Das Zurückbehaltungsrecht im Konkurse LZ. 908 Sp. 107 ff.

Lebenslauf

Ich, Eiko Diddens, bin am 9. März 1911 als Sohn des Landwirts Sibenno Diddens und seiner Ehefrau Johanne geb. Aeißen in Boen (Ostfriesland) geboren.

Nach achteinhalb-jährigem Besuch der Volksschule trat ich Michaelis 1925 in die Obertertia der Kaiser-Friedrich-Oberrealschule in Emden ein. Dort legte ich Ostern 1930 die Reifeprüfung ab. Von 1930 bis 1934 studierte ich Rechtswissenschaften an den Hochschulen Freiburg (4 S.), Hamburg (1 S.) und Göttingen (3 S.). Am 28. April 1934 legte ich vor der Prüfungskommission des Oberlandesgerichts in Celle die erste juristische Staatsprüfung ab. Seit dem 1. September 1934 bin ich im Bezirk des Oberlandesgerichts Celle im Vorbereitungsdienst beschäftigt.